

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**  
**FACULTAD DE DERECHO**  
**DEPARTAMENTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO**



**TESIS DOCTORAL**

**Potestad de planeamiento y garantías jurídicas en España y  
Brasil**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTORA

PRESENTADA POR

**Claudia do Amaral Furquim**

DIRECTORES

**Juan Ramón Fernández Torres**  
**María Astrid Muñoz Guijosa**

Madrid, 2018



UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

TESIS DOCTORAL

*POTESTAD DE PLANEAMIENTO Y GARANTÍAS  
JURÍDICAS EN ESPAÑA Y BRASIL*

POR D.<sup>a</sup> CLAUDIA DO AMARAL FURQUIM

**DIRECTORES DE TESIS**

D. JUAN RAMÓN FERNÁNDEZ TORRES

D.<sup>a</sup> MARÍA ASTRID MUÑOZ GUIJOSA

Madrid 2017



*POTESTAD DE PLANEAMIENTO Y GARANTÍAS  
JURÍDICAS EN ESPAÑA Y BRASIL*

*Para Laura y Letícia, con mucho amor.*

## **Resumen**

El objetivo de esta investigación es identificar el régimen jurídico de la potestad de planeamiento urbanístico en Brasil, sus características, límites y formas de control, utilizando la experiencia española como parámetro de interpretación. Esto último se debe a la evidente semejanza entre ambos ordenamientos jurídicos, si bien que en España, a diferencia de lo que ocurre en Brasil, se dispone de un régimen jurídico definido y unos criterios de control indicados de forma precisa tanto por la jurisprudencia como por la doctrina.

El trabajo se divide en dos partes: en la primera se examinan los conceptos fundamentales para la ordenación urbana (la ciudad, el Poder Público y el urbanismo), su gestión pública y el papel del Derecho en el proceso urbano, ya sea en lo que respecta a los derechos fundamentales que garantiza a los ciudadanos, o en el establecimiento de las funciones públicas.

La segunda parte pone de manifiesto que el urbanismo consiste en una función pública marcadamente discrecional, que, en lo atinente a su ejercicio, límites y control, se subordina a las prescripciones constitucionales y legales, además de impactar en derechos, bienes y valores constitucionalmente consagrados. Por ello, se hace hincapié en la importancia de la definición de sus límites y formas de control, para lo que esclarece de qué forma se desarrolla España, tanto doctrinal como jurisprudencialmente.

Por último, sobre la base de dicha experiencia, así como de los mecanismos generales de control de la discrecionalidad de los que ya se hace uso en Brasil, lo que se intenta es la vertebración del régimen jurídico brasileño, con indicación de sus límites y criterios de control.

## **Abstract**

This thesis aims to identify the legal regime of urban planning in Brazil, its characteristics, limits and parameters of control, using Spanish experience as a model of interpretation due to the similarity between the both legal systems and because in this country there is a very precise regime established by doctrine and jurisprudence.

The research has two parts: the first one present the fundamentals concepts of urban order (city, public authority and urbanism), its public management and the role of law in the urban process, from the standpoint of the State as well as a private perspective.

The second part describe the urbanism as a discretionary public function, subordinate to the Constitutional Law and infra-constitutional regulation, which strongly impacts on fundamental rights and constitutionally protected interests and values. Therefore the study emphasizes the importance of defining its limits and methods of controls, as well clarifies how Spain is doing that. Finally, in basis of this case-law and the Brazilian general mechanisms of control of discretionary administrative activity, this thesis intends to recognize the Brazilian urban planning legal system, its limits and methods of controls.

## ÍNDICE

<b>Abreviaturas y acrónimos .....</b>	<b>11</b>
<b>Agradecimientos .....</b>	<b>13</b>
<b>Introducción .....</b>	<b>14</b>

### **PARTE I**

<b>CIUDAD, POTESTAS Y URBANISMO – TRES FENÓMENOS INTERRELACIONADOS .....</b>	<b>24</b>
--	-----------

#### **CAPÍTULO I**

##### **BREVES NOTAS SOBRE LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA CIUDAD, DEL PODER PÚBLICO Y**

<b>DEL URBANISMO .....</b>	<b>25</b>
1. Algunas reflexiones previas .....	25
2. Impactos sociales en la estructura de la ciudad .....	29
2.1 Rasgos iniciales de la organización urbana .....	31
2.2. Ciudad y Estado como realidades coincidentes y conceptos superpuestos .....	33
2.3. La disociación del binomio Estado-Ciudad .....	37
3. Primeros intentos de formalización de una ordenación estatal .....	40
3.1. La consolidación de la ordenación del uso de las ciudades .....	41
3.2. El liberalismo y retrocesos en la ordenación de la ciudad .....	43
3.3. La ciudad industrial y su contexto de desorden .....	45
4. El urbanismo y la recuperación de la gestión pública de la ciudad .....	49
4.1. La gestión pública de la ciudad ante el creciente desarrollo industrial y económico de los últimos siglos.....	54
4.2. El caso particular de Brasil .....	57

#### **CAPÍTULO II**

<b>LA GESTIÓN PÚBLICA DEL URBANISMO .....</b>	<b>65</b>
1. Consideraciones generales .....	65
2. Las primeras técnicas de ordenación del espacio urbano .....	67
3. La intervención pública en el plan de reconstrucción y reformulación de la ciudad .....	75
4. Una mirada crítica a los antecedentes .....	76
5. Conclusiones preliminares .....	82

#### **CAPÍTULO III**

<b>EL PODER PÚBLICO EN EL MARCO CONSTITUCIONAL .....</b>	<b>86</b>
--	-----------

1. Los actuales modos de actuación de los Poderes Públicos.....	86
2. El deber de concreción del interés público.....	90
3. Las potestades públicas .....	93
3.1. Limitaciones a las potestades de la Administración.....	97
3.2. El marco jurídico establecido por los derechos fundamentales frente a las potestades públicas .....	97

## **CAPÍTULO IV**

### **EL SOMETIMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA A LA LEY..... 102**

1. Aspectos generales .....	102
2. Tipología de los preceptos normativos – actos administrativos reglados y actos discrecionales .....	104
2.1. Actos administrativos reglados y conceptos jurídicos determinados .....	107
2.2. Actos administrativos reglados y conceptos jurídicos indeterminados .....	109
2.2.1. Aspectos controvertidos de los conceptos jurídicos indeterminados.....	112
2.2.2. Libertad de apreciación y libertad de decisión.....	119
2.3. Actos administrativos discrecionales .....	122
2.3.1. Consustancialidad de la discrecionalidad en la función ejecutiva.....	126
2.3.2. Límites a la discrecionalidad administrativa.....	129
2.3.3. Otra perspectiva sobre la delimitación de la discrecionalidad.....	136
3. El deber de motivar los actos administrativos como técnica de control y de prevención contra la arbitrariedad .....	140
4. El control de los actos administrativos – aspectos controvertidos.....	143
5. El control de los actos administrativos reglados.....	146
6. El control de los actos resultantes de conceptos jurídicos indeterminados .....	147
7. El control de los actos administrativos discrecionales.....	150
7.1. La motivación del acto discrecional .....	151
7.2. Aspectos controvertidos del control de la discrecionalidad .....	154
7.3. Las bases constitucionales del control de discrecionalidad .....	159
7.4. El principio de proporcionalidad como criterio de control de la discrecionalidad .....	170

## **CAPÍTULO V**

### **LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA PROPIEDAD PRIVADA..... 173**

1. La propiedad como concepto autorrevisable .....	173
2. La protección constitucional de la propiedad y su interpretación.....	174
2.1. La función social de la propiedad.....	179
2.2. Aspectos controvertidos de la funcionalización de la propiedad .....	185
2.3. El contenido esencial del Derecho de propiedad.....	190



3. La propiedad planeada.....	200
4. La controversia acerca del <i>jus aedificandi</i> .....	204

## **CAPÍTULO VI**

### **LA IGUALDAD ANTE LA LEY ..... 214**

1. La igualdad ante la Ley y la igualdad en la formulación de la Ley .....	214
2. Dificultades prácticas para la definición de la isonomía en cada situación jurídica comparada .....	221
3. Criterios legitimadores del tratamiento desigual .....	222
4. Las denominadas discriminaciones positivas.....	225
5. La igualdad ante las cargas públicas .....	227
6. La igualdad en el ordenamiento urbanístico .....	228

## **PARTE II**

### **EL URBANISMO COMO FUNCIÓN PÚBLICA ..... 235**

#### **CAPÍTULO I**

##### **EL PLANEAMIENTO COMO MÉTODO DE ACTUACIÓN DEL ESTADO CONTEMPORÁNEO... 236**

1. Aspectos generales de la Administración Pública contemporánea .....	236
2. Aspectos generales de la potestad de planeamiento .....	241
2.1. El planeamiento en cuanto requisito de la eficacia .....	246
2.2. El planeamiento urbanístico .....	249
3. La ponderación como elemento estructurante del planeamiento .....	253
4. El principal instrumento del planeamiento: el plan urbanístico .....	257

#### **CAPÍTULO II**

##### **EL URBANISMO COMO FUNCIÓN PÚBLICA ..... 268**

1. Algunos problemas del urbanismo moderno.....	268
2. El urbanismo como función pública: la potestad de planeamiento urbanístico.....	270
3. Los efectos jurídicos del planeamiento y de las normas urbanísticas .....	278
4. El carácter atributivo de las normas de planeamiento urbanístico .....	279
5. Planificación y potestad de planeamiento urbanístico .....	284

#### **CAPÍTULO III**

##### **LAS GARANTÍAS DE LOS CIUDADANOS FRENTE A LA POTESTAD DE ORDENACIÓN DEL**

##### **SUELO ..... 287**

1. Consideraciones generales .....	287
2. Conformación constitucional de la potestad de planeamiento urbanístico – el papel primordial de los derechos individuales .....	294

2.1. La garantía de la propiedad y su repercusión en la potestad de planeamiento. ....	295
2.2. La igualdad frente a las cargas públicas .....	301
2.3. La garantía de la legalidad.....	303

## **CAPÍTULO IV**

### **EL CONTROL DE LA POTESTAD DE PLANEAMIENTO ..... 306**

1. La discrecionalidad de planeamiento. ....	306
2. Límites a la potestad de planeamiento urbano en España .....	314
3. Aspectos generales del control de la potestad de planeamiento urbano en España.....	318
4. Mecanismos de control de la potestad de planeamiento en España .....	320
4.1. El principio de la interdicción de la arbitrariedad. ....	321
4.2. La igualdad ante las cargas públicas.....	324
4.3. La obligatoriedad de presentación de la Memoria del Plan.....	327
4.4. La fuerza normativa de lo fáctico – El control de los hechos determinantes .....	332
4.5. La exigencia de presentación del Estudio Económico-Financiero.....	338
4.6. La evaluación ambiental estratégica .....	341
4.7. Eficiencia en la ocupación de suelo.....	344

## **CAPÍTULO V**

### **RÉGIMEN DEL PLANEAMIENTO URBANO EN BRASIL: UNA LECTURA CONSTITUCIONAL Y**

#### **LEGAL..... 356**

1. Consideraciones iniciales .....	356
2. La competencia constitucional para legislar sobre urbanismo .....	364
3. El tratamiento constitucional de la política urbana .....	368
4. Los límites a las potestades públicas impuestos por los derechos y principios constitucionales .....	375
5. El control de las potestades públicas.....	378
5.1. La amplitud del control de legalidad de las potestades públicas.....	382
5.2. El tratamiento jurisprudencial del principio de igualdad en la jurisprudencia .....	386
5.3. El principio de proporcionalidad como criterio para el control de la discrecionalidad .....	387
5.4. Prohibición del retroceso o de la regresión .....	392
5.5. Breves notas sobre el Derecho de propiedad en la jurisprudencia de los Tribunales Superiores .....	394
5.6. El derecho a un medioambiente saludable.....	396
5.7. Normas especiales de aplicación directa .....	399
5.8. Condicionamientos derivados del <i>Estatuto de la Ciudad</i> .....	401
5.9. Condicionamientos de la planificación urbanística derivados de los principios constitucionales rectores de la Administración Pública.....	402

5.9.1. La moralidad administrativa como criterio de control de la actividad administrativa	403
5.9.2. El principio de eficiencia como criterio de control .....	405
6. Las claves para el control judicial del planeamiento urbanístico en Brasil .....	413
<b>Conclusiones .....</b>	<b>422</b>
<b>Bibliografía citada .....</b>	<b>428</b>

## Abreviaturas y acrónimos

ADI	<i>Ação Direta de Inconstitucionalidade.</i>
AGI	<i>Agravo de Instrumento.</i>
AGREsp	<i>Agravo em Recurso Especial.</i>
BOE	Boletín Oficial del Estado.
CCAA	Comunidad Autónoma.
CE	Constitución Española de 22 de diciembre de 1978.
DA	Documentación Administrativa.
DJ	<i>Diário da Justiça.</i>
DJe	<i>Diário da Justiça eletrônico.</i>
Ed.	Edición.
LS/1956	Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956
LS/1976	Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana.
LS/1992	Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana.
LSCM	Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid.
MC	<i>Medida Cautelar.</i>
MS	<i>Mandado de Segurança.</i>
N.	Número.
P.	Página.
RAP	Revista de Administración Pública
RDC	Revista Española de Derecho Constitucional.
RDP	<i>Revista de Direito Público</i>
RDU	Real Decreto 2187/1978, de 23 de junio, por el que se aprueba Reglamento de Disciplina Urbanística para el desarrollo y aplicación de la Ley sobre Régimen de Suelo y Ordenación Urbana.
REALA	Revista de Estudios de Administración Local y Autonómica.
REDA	Revista Española de Derecho Administrativo.
REsp	<i>Recurso Especial.</i>
RExt	<i>Recurso Extraordinário.</i>
RGU	Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto, por el que se aprueba Reglamento de Gestión Urbanística para el desarrollo y aplicación de la Ley sobre Régimen de Suelo y Ordenación Urbana.
RJ	Repertorio de Jurisprudencia de Aranzadi.
RMS	<i>Recurso em Mandado de Segurança.</i>

RUE	Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación.
s/ed.	Sin edición.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.
STF	<i>Supremo Tribunal Federal.</i>
STJ	<i>Superior Tribunal de Justiça.</i>
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.
TC	Tribunal Constitucional.
TJ	<i>Tribunal de Justiça.</i>
TS	Tribunal Supremo.
TSJ	Tribunal Superior de Justicia.
TRLS/1976	Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Sobre Régimen del Suelo y Valoración Urbana.
TRLS/1992	Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo.
TRSL/2008	Real Decreto Legislativo 2/200/, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo.
TRLSELU/2015	Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana.

## Agradecimientos

Tengo pleno convencimiento de que una tesis doctoral no es el fruto de un trabajo que se realice en solitario. En realidad, constituye el resultado de una conjugación de esfuerzos, entre los que si bien predominan los del investigador, puede advertirse la colaboración y el respaldo tanto de otras personas como de instituciones. Quiero manifestarle en este momento a todas aquellas con las que he tenido el placer de colaborar a lo largo de todos estos años, ya sea directa o indirectamente, no solo un sincero reconocimiento, sino también mi emotivo agradecimiento.

Asimismo quiero expresar mi más sincera gratitud hacia mis Directores de Tesis, D. Juan Ramón Fernández Torres y D.<sup>a</sup> María Astrid Muñoz Guijosa, sin quienes el camino habría resultado mucho más arduo. Creo firmemente que ambos representan un dechado de dedicación académica, que por siempre llevaré conmigo.

También quiero agradecerse afectuosamente a mis colegas de la Abogacía General del Distrito Federal que se dedican al Derecho urbanístico, al medioambiental y al patrimonial público, cuya inspiradora producción técnica supone un gran incentivo para mi crecimiento. Este agradecimiento también se extiende a la propia Abogacía General del Distrito Federal, por concederme dos años de excedencia para la realización de estos estudios en la Universidad Complutense de Madrid.

A Carlos Saiz Alvarez, amigo y revisor de español, ese idioma tan parecido a mi portugués materno, aunque tan repleto de meandros. Su ánimo por atenderme raudamente durante la finalización de esta tesis me ha puesto de manifiesto, una vez más, que los buenos profesionales siempre están dispuestos. También a María Luisa Camacho García, por todo su inestimable apoyo con los trámites académicos durante todos estos años, algo que, a pesar de ser tedioso, sin duda ha hecho con el mayor de los placeres.

*Last but not least*, me faltan las palabras para poder manifestar el agradecimiento desde lo más profundo de mi corazón hacia mi familia, que no ha medido ningún esfuerzo para que mi proyecto de vida se haga realidad. En los momentos en los que me han faltado fuerzas dado que mi salud ya no me sustentaba, han sido ellos mis pilares y mi amparo. Dios, en su infinita bondad, bendijo mi vida al ponerlos en ella: Neli, Laura, Letícia y Carlos Henrique: *obrigada por tudo e por serem como são*.

## **Introducción**

Esta investigación tiene como propósito dilucidar el régimen jurídico de la potestad de planeamiento urbanístico en Brasil, tema que, como he de demostrar, todavía carece de sistematización y vertebración tanto del punto de vista doctrinal como jurisprudencial. A pesar de la importancia del tema, no es posible advertir un empeño de los profesionales del Derecho enfocado en el esclarecimiento de los límites jurídicos de dicha potestad y, en lógica consecuencia, los criterios del correspondiente control externo que le cabe ejercer al Poder Judicial.

A mi juicio, esta deficiencia en el tratamiento jurídico de la cuestión o, mejor dicho, la ausencia de debate sobre el tema, ha producido a lo largo de los años una significativa secuela urbanística: aunque no se reconozca abiertamente, entre los urbanistas cunde la noción de que la actividad de planeamiento urbanístico es una potestad discrecional por excelencia, además de representar una mera compilación de opciones técnico-políticas. Esto coarta aún más la participación de los juristas en su elaboración, lo que con frecuencia contribuye a la carencia de efectividad de todo el conjunto de normas constitucionales consagradas por el constituyente originario de la Constitución Federal de 1988. Asimismo, no se tiene una clara concepción ni de las formas de su control ni de las garantías que se pueden proporcionar a los habitantes de las ciudades.

Por consiguiente, la legislación en materia urbanística se efectúa sin que se hayan establecido previamente las sólidas y coherentes bases de una doctrina capaz de ayudar a resolver las dificultades de comprensión y resolución que algunos supuestos fácticos y técnicos plantean incluso para el legislador. Tal deficiencia impide que las normas urbanísticas se elaboren con suficiente rigor técnico y en perfecta articulación con el conjunto de normas del ordenamiento.

El aspecto más importante y preocupante del actual panorama del Derecho urbanístico en Brasil, es que persistimos en la elusión de una reflexión profunda y comprometida acerca de la propia noción de la ordenación urbanística que consta en la Constitución Federal de 1988. Precisamente por este motivo, no son raras las veces en las que cometemos errores al aplicar la legislación urbanística y en las que también

demostramos tener poca habilidad en el manejo tanto de los institutos legalmente establecidos como de los principios informadores.

A este respecto, no es posible indicar con certeza cuáles son las causas de esta inercia ni, mucho menos, responsabilizar en exclusiva a un determinado poder del Estado o a otro por la falta de interés en construir y difundir una doctrina firme y sólida del Derecho urbanístico. De cualquier forma y al abordar el asunto de manera general, lo que sí se puede concluir con razonable seguridad es que el Poder Ejecutivo poco ha hecho desde la promulgación de la vigente Constitución Brasileña, en el sentido de asumir el papel de gran conductor de la función pública del urbanismo. Esto es algo que se verifica tanto en la esfera del Poder Federal central como en la del Poder Público Municipal, pues son muchos los municipios que todavía no disponen de un plan general de urbanismo.

Por su parte, el Poder Legislativo tampoco se ha ocupado de aprobar una legislación nacional de carácter efectivamente general sobre la disciplina del suelo, ya sea urbanizado o no, capaz de, entre otros aspectos, 1) dotar de una cierta uniformidad al tratamiento que se dispensa al Derecho de propiedad, que en Brasil tiene rango de derecho fundamental; 2) definir precisamente los principios básicos del procedimiento de elaboración de los planes urbanísticos; 3) establecer las variables mínimas a ser ponderadas en dicha actividad.

Además, el problema se acentúa considerablemente dado que no hay una disciplina general atinente al procedimiento de elaboración del plan general de urbanismo, allí llamado «plan director», a pesar de contar con el estatus establecido por la propia Constitución, de principal instrumento de ordenación territorial. De hecho, ni tan siquiera la aprobación de una ley nacional para la reglamentación del artículo constitucional correspondiente a la política urbana fue suficiente para la superación de las deficiencias del aparato legal relativo a la ordenación territorial.

Por esta razón, los municipios, cuando actúan, asumen el protagonismo en la conformación de derechos, pues sus normas tienen un notorio carácter atributivo, algo



que tiene lugar, por ejemplo, cuando determinan las facultades urbanísticas de las parcelas del suelo.

Ahora bien, en determinadas ocasiones, dichas actividades generan riesgos sobre los que la sociedad no ejerce un adecuado control, en virtud de que no está habituada a percatarse de los grandes beneficios y perjuicios que se derivan de los planes, tal como se analizará y se demostrará más adelante. En ausencia de este control social, la noción de discrecionalidad de la potestad de planeamiento urbanístico, inherente a dicha función, se amplía y puede asumir en algunos casos lamentables proporciones, mientras que en otros, puede denotar una actuación estatal orientada al incentivo a la especulación inmobiliaria.

Por supuesto, no me es desconocida la importancia de la Ley federal brasileña denominada *Estatuto de la Ciudad*, en vigor desde el año 2001, la cual se encarga de reglamentar el art. 182 de la Constitución Federal. Sin embargo, a pesar de tener la pretensión de ser la norma de conformación nacional de las políticas públicas que afectan a la ciudad, no ha cumplido hasta el momento su papel de ley general, pues no disciplina aspectos importantes de la urbanización, como es el caso, por ejemplo, de las líneas generales del proceso de elaboración de los planes generales de ordenación urbana, su contenido básico y sus medios de ejecución.

Para abundar aún más en este mismo tema, tampoco regula los aspectos indispensables de la actuación del municipio al llevar a cabo su función constitucional de ordenar el uso del suelo, especialmente, en lo que se refiere a la propiedad y al procedimiento de elaboración del plan general, además de no fijar ningún medio de planeamiento regional, es decir, de articulación entre municipios con intereses o determinadas características comunes. Por otro lado, también deja un vacío al respecto de las técnicas de recuperación de las áreas urbanas degradadas, así como de la protección e integración de los emplazamientos históricos y de los de características ambientales especiales.

A su vez, en lo concerniente a la actuación de los Poderes Públicos en el área del urbanismo, la mayor laguna que acaso se verifique sea la actuación del Poder Judicial en su función de intérprete de la legislación. En efecto, una mirada a la

jurisprudencia de los Tribunales de Justicia de segunda instancia judicial desvela que todavía encuentran dificultades tanto para identificar los bienes urbanísticos en juego como para manejar los institutos de Derecho urbanístico, lo que hace que las discusiones se centren en el Derecho de propiedad y en el poder de policía de la Administración Pública. Incluso en aquellas hipótesis en las que se hace uso de preceptos propios del Derecho urbanístico, la aludida carencia de una mejor comprensión conceptual determina que se apliquen de forma equivocada.

Por otro lado, habida cuenta de las significativas diferencias sociales que existen en el país, se puede comprobar una tendencia a la permisividad al respecto de ciertas actividades acometidas por ciudadanos pertenecientes a los extractos sociales más desfavorecidos, en función de que la interpretación legal es adaptada a la situación de hecho, con el pretexto de que de esta manera se realiza justicia social. Esto es algo que contribuye a que se multipliquen las ocupaciones y parcelaciones irregulares de fincas y solares, lo que resulta en la proliferación de chabolas e infraviviendas.

De esta manera, aún es muy frecuente que, cuando el asunto es la ordenación de la ciudad y del territorio, la característica en el ejercicio de los tres Poderes de la nación (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) sea la improvisación. Esto ocurre con un evidente desprecio del aparato constitucional que fue trazado por el constituyente originario, quien, durante los trabajos de la *Assembléia Nacional Constituinte*, en 1987, se reunió con diversos sectores sociales para discutir la problemática de las ciudades brasileñas y estableció en la Carta Magna de 1988 los principios rectores del urbanismo.

Para comprobar esta afirmación, basta un breve examen de las decisiones judiciales sobre materias urbanísticas, las cuales suelen limitarse a examinar los aspectos formales del ejercicio de la potestad de planeamiento y, consecuentemente, del plan que de ella se deriva, de forma que la actuación judicial se restringe a un mero control de la legalidad. Raras son las ocasiones en las que el Poder Judicial se adentra con una perspectiva de control estrictamente jurídico, en el propio contenido del plan y de las decisiones públicas o, también, en la pertinencia de las opciones y de los modelos consagrados.

Todo ello, en mi opinión, es un indicio muy claro de que lo que se asume como regla general es la discrecionalidad de planeamiento, aunque esto no puede servir de excusa para que no se acometa una reflexión acerca del reconocimiento del correspondiente control en un Estado de Derecho, como es el caso de Brasil. Por consiguiente, aunque es de reconocer el fuerte componente discrecional de la potestad de planeamiento urbanístico, es imprescindible aclarar cuál es su régimen jurídico, en qué plano normativo se conforma, cuáles son los límites a la potestad discrecional de planeamiento urbano, qué aspectos deben ser controlados y, por último, cómo se debe efectuar este control.

Las razones por las que el presente estudio haya tenido lugar en España son claras: sin perjuicio de su constante evolución, el país dispone de un régimen jurídico definido y unos criterios de control indicados de forma precisa tanto por la jurisprudencia como por la doctrina que, sin entrar a valorar si los resultados que produce en la práctica son satisfactorios o no, sirve de punto de partida para la interpretación de las fuentes normativas del ordenamiento brasileño que presentan similitudes con las españolas.

Dicho sea de otro modo, los motivos por lo que esta investigación toma como marco jurídico el ordenamiento jurídico español son los de identificar cómo se puede vertebrar el régimen jurídico de la potestad, interpretar los principios básicos y adaptar las formas de control ya existentes y que son comunes a los dos ordenamientos jurídicos, cuyos órdenes constitucionales son muy similares.

Ahora bien, advierto que no es mi propósito acometer un estudio comparado entre las dos realidades, para, al final, efectuar una transposición del marco jurídico español, sin mayores críticas o adaptaciones. Asimismo, tampoco tengo intención ni de incorporar soluciones jurídicas comparadas que desprestigien la presente y verdadera situación del urbanismo en Brasil, ni de erigirme en crítica del sistema jurídico brasileño de gestión urbanística o, menos aún, en una mera compiladora de sus problemas.

Para ser precisa, lo que pretendo es identificar cómo se puede vertebrar el régimen jurídico de la potestad de planeamiento urbanístico en Brasil, utilizando el ejemplo español como fuente de interpretación.

Por consiguiente, el tema principal de esta tesis es la potestad de planeamiento, aunque es necesario admitir que su ejercicio se vale de variables de varias otras ramas del saber que se interrelacionan en su campo de aplicación: la ciudad. Esto hace que, para servir a propósitos académicos, este trabajo se divide en dos partes.

En la primera parte, compuesta por seis capítulos, presentaré la contextualización del problema, es decir, demostraré en qué consiste, por qué es indispensable planear el uso y la ocupación de la urbe y quién está legitimado para hacerlo. Como base teórica, realizaré un breve repaso histórico de tres conceptos fundamentales para la ordenación urbanística que están indefectiblemente interrelacionados: la ciudad, el centro de poder que la controla y el urbanismo. Esta revisión servirá para acreditar la intervención del Estado en la conducción de la política urbana, así como también para indicar la fuente de su legitimidad para ejercer la función pública de ordenar el uso y la ocupación de la urbe, que le permite hacer valer su derecho de imponer a los administrados tanto conductas como abstenciones.

No se trata de lanzar una mirada arqueológica a ninguno de los tres fenómenos, sino, más bien, de un intento de esta investigadora del Derecho por comprender los mecanismos que históricamente han determinado la aludida competencia estatal. Asimismo, pretendo identificar en qué consistieron las primeras experiencias y cuáles fueron sus resultados, tanto en momentos de una intensa intervención estatal como en otras situaciones caracterizadas por su total abstención, para por último, llegar al modelo consolidado hoy en día. En otras palabras, el análisis de los antecedentes históricos pretende desvelar la estructura que ha redundado en la concepción de organización de la urbe, tal y como se nos presenta hoy, para lo que también se considera el sinfín de polémicas suscitadas.

El intento de esta mínima reconstrucción de los antecedentes históricos podría parecer innecesario a primera vista, la práctica se encargará de desmentirlo. Esto se debe a que, aunque desde el punto de vista del Derecho público resulta

particularmente sencillo legitimar el planeamiento urbano, a día de hoy aún es frecuente toparse con planteamientos contrarios al mismo, especialmente entre los urbanistas y los defensores de una intervención estatal mínima en el campo del urbanismo, en particular, en las hipótesis de ordenamientos jurídicos en los que la propiedad tiene una gran significación económica.

En consecuencia, el propósito de esta primera parte es la de posibilitar el dominio teórico de los elementos del Derecho tanto intrínsecos como extrínsecos que informan el tema, a efectos de servir de fundamento para, en los capítulos posteriores, justificar en primer lugar el *iter* jurídico por el que se discurre y, posteriormente, presentar cada una de mis conclusiones y propuestas.

En el capítulo I, acometo un resumen histórico sobre la evolución de la ciudad, del centro titular del poder que la organiza y del resultado de esta organización, el urbanismo. Tal como cabe esperar de una tesis jurídica, no se trata de un exhaustivo análisis que agote el tema, puesto que tiene el exclusivo propósito de justificar los motivos por lo que el Poder Público asume la conducción de la ordenación urbana, es decir, esclarecer su legitimación tanto de hecho como de Derecho.

Para justificar esta legitimación he optado por hacer hincapié en el momento histórico correspondiente al liberalismo, no con el propósito de ejercer una censura ideológica sobre el mismo, sino por el hecho de que constituye el periodo histórico más cercano y, por lo tanto, que proporciona más información acerca de cómo repercute en la ordenación de la ciudad, la circunstancia de que las opciones urbanísticas fundamentales queden, primordialmente, en manos de agentes e intereses privados.

Debo advertir que se trata de un análisis muy breve sin ningún afán por aclarar nada que no sean las líneas maestras de los acontecimientos, por lo que tan solo aspira a demostrar de qué manera se ha configurado la ciudad en el tiempo, cómo se conformó la idea de centro de poder definidor del proceso urbano y el porqué de que el urbanismo constituya a día de hoy una función pública.

Debo enfatizar que la potestad de planeamiento urbanístico, tal como se entiende actualmente, tiene como objeto y campo de aplicación la ciudad y guarda una

relación con ella tanto de antecedente como de consecuente. Esta conexión no se establece sobre bases perennes, pues los elementos que la componen se modifican en la misma proporción que el tipo de sociedad que abriga, conforme pretendo demostrar en este trabajo.

Por ello, no resulta desproporcionado afirmar que la ciudad tal vez represente la creación humana que más se ha transformado a lo largo de la historia. De cualquier forma, aunque su expresión sea sólida y aparentemente inmutable, jamás podrá ser concebida como una obra dispuesta y culminada. A cada instante operan sobre la misma actividades colectivas e individuales que, aun cuando no tengan como objetivo directo acometer transformaciones en su estructura, repercuten en el territorio, en la ordenación urbanística y en sus características estéticas. En virtud de ello, el Poder Público no ha podido dejar de reglamentar tales actividades mediante la imposición de una disciplina jurídica, lo que para algunos sectores dedicados al urbanismo es una fase más de su desarrollo, según voy a señalar en un epígrafe específico.

Esta característica de transformación paulatina es compartida por el propio centro de poder que opera en la ciudad, el cual tampoco ha dejado de evolucionar significativamente, hasta llegar a lo que hoy en día concebimos como Estado y a la actual noción de Poder Público. Esto ha supuesto la diversificación de los ámbitos de su actuación sobre los más diversos aspectos de la vida social, lo que ha resultado en la incorporación de nuevos cometidos, entre los que se incluye la conducción del proceso urbano o, en términos más generales, del urbanismo, algo que quedará demostrado en el Capítulo II. Tras el esclarecimiento de la actual situación de la ciudad como fenómeno, así como de su subordinación a las decisiones del Estado, lo que acometeré será el estudio del urbanismo en cuanto función pública y la potestad de planeamiento como expresión de dicha función.

Ahora bien, no se puede perder de vista que de forma prácticamente simultánea a la asunción de estas nuevas tareas y a la aparición de nuevos modos de actuación pública en el seno social, el surgimiento del modelo de Estado Constitucional trajo consigo la noción de las garantías individuales, lo que supuso un antes y un después al establecer nuevas pautas y límites para las actividades estatales que

repercuten en la esfera de los intereses individuales de los ciudadanos, temas que se estudian con especial detenimiento en el Capítulo III.

Tanto es así que el impacto de algunos de los derechos fundamentales en la actuación pública de ordenación urbanística será el objeto exclusivo de diferentes capítulos: 1) la sumisión del Estado a la Ley, en el Capítulo IV, oportunidad en que destacaré la tipología de las actuaciones administrativas, las limitaciones a su ejercicio y el correspondiente control, con especial énfasis en la actuación discrecional de la Administración Pública y los respectivos métodos de control; 2) la protección constitucional a la propiedad, en el Capítulo V, donde destacaré la actual concepción del Derecho, lo que supone un estudio sobre su función social y su núcleo esencial; 3) la igualdad ante la Ley, que constituirá el tema del Capítulo VI.

Con esto finaliza la primera parte del trabajo, la cual tiene el propósito, como ya he subrayado, de definir técnicamente cómo operan los conceptos fundamentales para el ejercicio de la potestad de planeamiento urbano. Particularmente, en ella se pone de manifiesto que: 1) las ciudades siempre tuvieron un centro de poder que guió las conductas y actividades que en ellas se desarrollan, de forma más o menos enfática y con los más distintos propósitos, lo que demuestra su vulnerabilidad, o dicho sea de otro modo, su vocación de servir a dicho poder; 2) la noción de que la ordenación nació a partir de modelos sencillos replicados con frecuencia, aunque con el tiempo acabó por servir a finalidades específicas concebidas ya sea por los titulares del poder, o por grupos de presión (expansionismo, militarismo, desarrollo económico, consagración de modelos arquitectónicos, etc.); 3) las opciones fundamentales de ordenación urbanística deben ser conducidas por los Poderes Públicos, como forma de garantizar la simultaneidad del ejercicio de los Derechos individuales y de la primacía del interés público; 4) el planeamiento urbanístico, en cuanto técnica de actuación de los Poderes Públicos, es una conquista de la sociedad.

Una vez definidas estas bases conceptuales, en la segunda parte del trabajo investigo el urbanismo en su calidad de tarea de los Poderes Públicos, poniendo de manifiesto en el capítulo I cómo opera el planeamiento en el contexto de la ordenación urbana para pasar a demostrar, en el Capítulo II, la pertinencia de que el urbanismo sea una función pública y su peculiar manera de operar en cuanto potestad pública.

Por pura lógica, el Capítulo III afronta de qué modo operan las garantías jurídicas de los ciudadanos en la potestad de planeamiento y, a partir de esta concepción, el Capítulo IV pone de relieve cómo se lleva a cabo su control en España, todo ello fundamentado en la noción de que su principal característica es una intensa discrecionalidad. En el mismo análisis primordialmente la jurisprudencia, dado que la doctrina española constituye la base de esta investigación y sus principales teorías ya fueron tratadas en los capítulos precedentes.

Debo subrayar que el punto más controvertido de la segunda parte de la investigación es, precisamente, la discrecionalidad de planeamiento, y para dilucidar los problemas que conlleva me valdré de todos los conceptos y principios desarrollados en la primera parte.

Tomando como base los instrumentos de interpretación que he podido recoger de la experiencia española, el Capítulo V vertebrará el régimen jurídico de la potestad de planeamiento urbano en Brasil, para lo que principalmente se analizan sus bases constitucionales, además de poner de manifiesto los vacíos doctrinales y jurisprudenciales sobre el tema que existen a día de hoy en el país y, por último, plantear una propuesta para el perfeccionamiento del sistema.

Para finalizar y disipar toda duda que aún se pueda albergar, creo importante expresar cuáles son las cuestiones sobre las que esta tesis pretende arrojar luz: ¿en qué medida el Estado tiene libertad para disponer de esta potestad?, ¿cuáles son los límites y los estándares a los que está subordinado? y, por último, ¿qué aspectos de esta potestad se deben controlar y de qué modo opera dicho control?



**PARTE I**  
**CIUDAD, POTESTAS Y URBANISMO – TRES FENÓMENOS**  
**INTERRELACIONADOS**

# **CAPÍTULO I**

## **BREVES NOTAS SOBRE LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA CIUDAD, DEL PODER PÚBLICO Y DEL URBANISMO**

### **1. Algunas reflexiones previas**

Un asunto central de la presente investigación es el de hacer un examen del control jurídico del planeamiento urbanístico, con la finalidad de determinar específicamente cuáles son los parámetros bajo los que debe operar el juicio discrecional del Poder Público, a la hora de llevar a cabo su función de ordenación del uso y la ocupación del suelo de la ciudad.

A mi juicio, para poder comprender la base fáctica de esta cuestión, es necesario, en primer lugar, aludir a tres conceptos o fenómenos estrechamente relacionados entre sí, que repercuten en el fenómeno urbano y se retroalimentan continuamente: la ciudad<sup>1</sup>, el poder político y el urbanismo.

El primero de los conceptos mencionados, la ciudad, es el escenario de convivencia de múltiples entes sociales y un campo de incidencia del ejercicio del poder, como es el caso de, por ejemplo, la potestad del planeamiento. A su vez, el poder político que se ejerce sobre la ciudad determina su configuración morfológico-estructural, su vocación y su destino a partir de la imposición de un planeamiento urbano.

Cuando este tema se considera desde otra perspectiva, el planeamiento urbanístico, en términos muy generales, es la materialización del público de ordenación de la ciudad, en donde se contemplan desde las cuestiones fundamentales hasta aspectos relativos a la prospección de su futuro desarrollo. En ella encuentra su razón de ser y sobre ella se proyecta intentando lograr, entre otras metas, el establecimiento de su

---

<sup>1</sup> Antes de cualquier otra cosa, es necesario realizar algunas aclaraciones previas sobre los conceptos utilizados en esta investigación: (1) la palabra ciudad aparece en singular debido a que hago referencia al fenómeno en sí, sin entrar a considerar los distintos tipos de ciudades que se han formado a lo largo de la historia; (2) por razones metodológicas, voy a adoptar la separación entre la ciudad y lo urbano y, por ello, creo necesario que sean tratados en el presente capítulo como fenómenos diferenciados; (3) por último, reconozco que la propiedad de un bien inmueble, dado su impacto en el ambiente urbano, es un elemento de suma importancia, si bien es cierto que la admito como un componente más a ser delimitado y alcanzado por el planeamiento urbano.

morfología, el modelado de las conductas estatales e individuales, la compaginación de los intereses públicos y privados y, por último, la determinación de un modelo de concentración y de convivencia humana.

Aparte, el planeamiento urbano moderno proyecta aquello que existirá en el futuro, ya se trate de la expansión, o de la contención urbana, además de las vías de desarrollo socioeconómico, además de configurar las decisiones básicas que le competen en lo que respecta al desarrollo sostenible y a la preservación medioambiental<sup>2</sup>.

La correlación entre los tres conceptos es clara, si bien es cierto que la ciudad tiene vida propia y es independiente tanto de todo lo que va a producirse en su seno como de lo que se le impondrá, agigantándose frente a los otros dos conceptos y dominando de tal manera nuestra civilización que su principal expresión, el urbanismo, fue entendido y defendido por WIRTH como «un modo de vida»<sup>3</sup>.

Como no podría ser de otra manera, los intentos de definición de la ciudad por parte de diferentes ramas del conocimiento son innumerables, pero en el ámbito de la presente investigación, para definirla, voy a adoptar una concepción intencionalmente restringida que me permita hacerlo de un modo sencillo: el espacio físico sobre el que se ubican distintos individuos, política y jurídicamente ordenados, compartiendo una mínima estructura organizativa, instituciones, equipamientos públicos y urbanísticos.

Además, emerge la figura de un centro de poder político que es titular de la tarea de gestionar el urbanismo, en aras de controlar el desarrollo de la ciudad. A día de hoy, esta tarea es, sin discusión, una facultad estatal, limitada y controlable, es decir, la organización de la ciudad forma parte, en la actualidad, de la función pública de ordenar la utilización del suelo urbano.

---

<sup>2</sup> Por supuesto, todo ello se desarrolla en el ámbito de un concepto ideal de ciudad, el cual se constituye como una referencia para aquello que de hecho se realice. Sin embargo, las condiciones reales muchas veces distan muchísimo de las consideradas durante el proceso de elaboración del planeamiento y las tareas antes mencionadas que le corresponden, ni son sencillas ni se desarrollan sin problemas. Esto se produce, especialmente, debido a que la ciudad consagra conceptos y valores muy mutables.

<sup>3</sup> Vid. L. WIRTH, *El urbanismo como um modo de vida*, en C. FORTUNA (Coord.), *Cidade, Cultura e Globalização*, Celta, Oeiras, 2001, p. 47.

Como he mencionado anteriormente, la correlación entre los tres conceptos es tan evidente, que PREDIERI sostiene que el urbanismo es el gran responsable de la introducción del término plan en el contexto normativo, a pesar de que reconozca que ya había sido utilizada con antelación en el ámbito militar<sup>4</sup>.

Asimismo, el autor advierte que, a finales del siglo XVIII y a comienzos del XIX, el término plan comenzó a ser frecuentemente utilizado en el contexto urbanístico francés, aunque, a decir verdad, dicho concepto experimentó algunos cambios en su contenido a medida que la praxis urbanística evolucionaba. De la misma forma, pasó a integrar el contexto político administrativo hasta ser consagrado también por la legislación, de modo que traspasó fronteras y acabó por ser utilizado en otros ordenamientos jurídicos<sup>5</sup>.

De ahí que toda investigación que se proponga analizar los aspectos jurídicos de la tarea estatal de la planificación del uso y la ocupación del suelo urbanizado, a la vista de la certeza de las afirmaciones de PREDIERI, necesite comprobarlas en primer lugar. Es precisamente por ello, por lo que en este estudio, intentaré demostrar lo indispensable que es que el Estado acometa, en la actualidad, un planeamiento urbano, además de mostrar los problemas que tal actividad conlleva y los límites a los que se debe circunscribir.

A mi juicio, para llevar a cabo esta tarea es necesario reconocer que los componentes del trinomio anteriormente mencionados —ciudad, centro de Poder Público y urbanismo—, interaccionan y repercuten significativamente los unos sobre los otros. En consecuencia, desde una perspectiva intencionalmente acotada, procedo seguidamente a analizar su desarrollo a lo largo de la historia, lo que hago con el fin de identificar los puntos de conexión y comprobar la afirmación de PREDIERI mencionada previamente.

En este sentido, entiendo que no está de más mencionar que la disciplina urbanística contemporánea incide sobre un complejo conjunto de instituciones, instrumentos y métodos de ejecución. Por este motivo y tal y como reconoce

---

<sup>4</sup> Vid. A. PREDIERI, *Pianificazione e Costituzione*, Edizione di Comunità, Milano, 1963, p. 93 y 94.

<sup>5</sup> Vid. A. PREDIERI, *Pianificazione e Costituzione*, cit., p. 93 y 94.

SPANTIGATI, su estudio y comprensión no se pueden completar de manera satisfactoria si no se comprenden las peculiaridades de todos y cada uno de sus componentes<sup>6</sup>.

Uno de los componentes más importantes es el Derecho, pues es la forma en la que la urbanística se concreta para conminar a los ciudadanos y convertirse en una realidad exigible, de modo análogo a como ocurre con otros fenómenos sociales. Por la propia naturaleza de los intereses y de los bienes jurídicos sobre los que repercute, es evidente que no se puede concebir la ejecución de un planeamiento urbanístico sin la típica instrumentalización de la legislación<sup>7</sup>.

Así y todo, tal y como afirma GARCÍA DE ENTERRÍA, el Derecho, en cuanto sistema y realidad, frecuentemente demanda «distinciones, ajustes, matizaciones»<sup>8</sup>. En el caso particular del Derecho urbanístico, en mi opinión, el hecho de que utilice conceptos oriundos de otras ramas del conocimiento, demanda que, a menudo, se lleven a efecto los procedimientos de ajuste referidos por el autor, con el ánimo de propiciar una aplicación exacta de sus principios, instrumentos y modos de operación.

La conjugación de todos estos factores aclara y justifica la metodología que seguiré en este capítulo y que, sin la pretensión de agotar el asunto, consiste en el análisis de los fenómenos e institutos más elementales en los que repercuten las disposiciones del Derecho urbanístico: la ciudad, el Poder Público y el urbanismo, en sus distintas variantes.

Tal necesidad adquiere un especial relieve dado que el campo de aplicación del Derecho urbanístico —la ciudad— es un soporte fáctico muy dinámico, al estar claramente sujeto a la influencia de los cambios históricos, sociales, culturales y económicos, los cuales, a su vez, son asimismo mutables en su propia esencia.

Además, las distintas áreas del conocimiento que tienen a la ciudad como objeto con frecuencia ven como sus teorías se renuevan, de modo que la interfaz

---

<sup>6</sup> Vid. F. SPANTIGATI, *Manual de Derecho Urbanístico*, Montecorvo, Madrid, 1973, s/ed., p. 71.

<sup>7</sup> Vid. H. LOPES MEIRELLES, *Direito Municipal Brasileiro*, Malheiros, São Paulo, 2013, 17.ª ed., p. 535.

<sup>8</sup> Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado*, REDA, 1996, n.º 89, p. 73.

permanente que mantienen con la ciencia jurídica o, al menos, la que deberían poseer, exige, igualmente, su actualización.

Para cumplir esta finalidad, puramente metodológica, mi análisis comienza abordando brevemente la ciudad como realidad histórica y los distintos cambios que han experimentado sus modelos y que han resultado en la noción de urbanismo. Ello se justifica porque, tal y como afirma FERRARI, la comprensión de los procesos históricos es una valiosa herramienta para la construcción de la noción contemporánea del urbanismo<sup>9</sup>. Por lo tanto, a mi juicio, también es importante para la construcción de una disciplina jurídica sobre la ocupación del espacio urbano.

De manera también muy somera, analizaré los tipos más expresivos de urbanización, empezando por los grandes cambios sociales introducidos durante el Medievo, el Renacimiento y el Barroco, pasando por los problemas que aparecen con la Revolución Industrial y, por último, finalizando por el modelo predominante en la actualidad.

## **2. Impactos sociales en la estructura de la ciudad**

Las ciudades de Occidente han cambiado en la misma proporción que las sociedades a las que han cobijado, no sólo porque son producto de su cultura, sino también, porque gran parte de esta misma cultura ha determinado la morfología urbana, la transformación material del territorio y de sus componentes. De forma análoga a como he advertido en la introducción, no parece desproporcionado afirmar que tal vez representen la creación humana que más ha cambiado en toda su historia, a pesar de que su expresión sea sólida y, aparentemente, perenne.

Por consiguiente, entiendo que una ciudad jamás podrá ser concebida como una obra lista y acabada. Sobre ella operan, en todo momento, actividades colectivas e individuales que, pese a que no tienen el objetivo directo de promover cambios en su estructura, sí que repercuten en el territorio, en la ordenación y en el paisaje urbano. Por supuesto, estas manifestaciones dejaron y dejan, a menudo, marcas físicas indelebles en

---

<sup>9</sup> Vid. C. FERRARI, *Curso de Planejamento Municipal Integrado*, Pioneira, São Paulo, 1977, p. 207-208.

el territorio urbanizado que serán capaces de revelar, con posterioridad, aspectos de las opciones sociales escogidas en el pasado<sup>10</sup>.

No forman parte de este estudio ni la presentación de un repaso histórico sobre el origen de las ciudades ni las fases por las que han pasado en el transcurso del tiempo, así como tampoco, los cambios provocados en su estructura por cada sociedad que las habitó. Este tema ya ha sido objeto del estudio de diferentes investigadores pertenecientes a múltiples áreas del saber que han redundado en grandes publicaciones de historia, sociología o antropología, capaces de proporcionar cualquier ayuda que pudiera ser necesaria para la comprensión del tema.

Es precisamente por esta razón por la que en este trabajo admito que el tema no es nuevo y doy por supuestos sus aspectos primordiales. Toda mi investigación se centrará en exclusividad en los aspectos jurídicos que emergen de la urbe, de modo que considero periféricos al resto de los aspectos referentes a la ciudad.

La pluralidad y diversidad de actores, con sus más distintas características operando en la ciudad, también tienen como resultado, con el paso del tiempo, una múltiple generación de expectativas, intereses y actividades. Dichos actores no siempre han actuado de manera compaginada, sino que, a veces, han sido excluyentes entre sí y, por esta causa, desde siempre se han generado una serie de disputas y frustraciones de expectativas.

En razón de ello, es posible advertir sin esfuerzo, una demanda durante los últimos siglos de conformación y adaptación de las ciudades a los cambios tanto de intereses como de actividades de sus habitantes. Esto las ha dejado como impronta, una configuración plástica, moldeable e influenciable, características que a lo largo de la historia han repercutido directamente en la estructura del territorio, en el uso del suelo y en términos más modernos, en las normas urbanísticas.

---

<sup>10</sup> En este sentido, MARX afirma que la ciudad es una obra colectiva característica que la convierte en un conjunto complejo formado por distintas generaciones (*vid.* M. MARX, *A Cidade Brasileira*, EDUSP, São Paulo, s/ed., 1980, p. 7).

## 2.1 Rasgos iniciales de la organización urbana

Desde que la aldea se transformó en ciudad, el paso del tiempo ha dejado significativas marcas en las concentraciones urbanas. Como he afirmado anteriormente, cada tipo de sociedad que ha aflorado en las distintas ciudades a través del tiempo, ha exigido que sus intereses y demandas fuesen satisfechos. Esta circunstancia ha provocado y sigue provocando claras huellas en su composición, ya sea en la morfología, en la conformación de la cultura o en la de las relaciones sociales. De la misma manera, la actividad social ha determinado grandes cambios en los cascos históricos como consecuencia de nuevas necesidades o, también, con el fin de borrar permanentemente de la memoria lo no deseado.

También las crisis sociales y las guerras han tenido un importante papel en la transformación urbana, ocasionando demoliciones y reformulaciones de ocupaciones hasta entonces consolidadas. Amén de ello, el gobierno de las ciudades, al fin y al cabo, siempre ha estado a cargo de las fuerzas dominantes, que también las han alterado con el fin de consolidar su estructura de poder.

Una breve mirada al pasado confirma que la evolución desde la condición primordial de aldea hasta la de ciudad, marcó profundamente las relaciones establecidas dentro de las agrupaciones de individuos y provocó cambios de los más variados tipos. A su vez, el incremento de las capacidades humanas provocado por una convivencia social encaminada al logro de metas comunes resultó en un aumento de la complejidad de las actividades sociales: el trabajo se especializó, los papeles sociales y las diferencias entre los habitantes se hicieron evidentes.

Entre otros, MUMFORD examina perfectamente este tema en su libro *La ciudad en la historia*, en el que describe con abundantes detalles este proceso y apunta cada una de las fases por las que han pasado las ciudades a lo largo del tiempo<sup>11</sup>.

REISSMAN, por su parte, resalta que los usos del suelo urbano han ido cambiando en cada una de las fases históricas de las ciudades, lo que ha repercutido

---

<sup>11</sup> Vid. L. MUMFORD, *A cidade na história, suas origens, transformações e perspectivas*, Martins Fontes, São Paulo, 1998.



directamente en su trazado, en la forma de construir las viviendas, de concebir el trazado viario. Afirma, incluso, que con todo el desarrollo que han experimentado, es posible identificar, hasta la actualidad, problemas característicos de las ciudades que no fueron superados por el desarrollo urbano y por las técnicas de él surgidas<sup>12</sup>.

Cabe señalar que la literatura especializada aclara que, con el paso del tiempo, las ciudades eran valoradas en función de su capacidad de satisfacer los intereses de cada uno de los grupos que las componían y cuyos intereses, de alguna manera, preponderaban. Es precisamente por este motivo por lo que, en los inicios de una ciudad, una fuerte característica de la manera en la que los habitantes de la misma la concebían y, por lo tanto, la explotaban, era la de la espontaneidad y, muchas veces, como reflejo de una perspectiva bastante utilitarista del medio urbano.

Ahora bien, a despecho de la fuerte espontaneidad a la que aluden algunos autores, la historiografía sostiene la existencia, inclusive en las épocas más remotas, de un intento ordenador de la urbe, por ejemplo, mediante la elección de un trazado original o el posicionamiento estratégico de algunas edificaciones. Para fundamentar esta premisa, es frecuente acudir al sistema damero, adoptado por varias ciudades de la antigüedad.

Asimismo, la historiografía advierte que Roma optó por un complejo sistema urbano ortogonal y amurallado, con espacios públicos e institucionales muy bien definidos, modelo en el que prevalecía un trazado consistente en dos líneas llamadas *decumanus* y *cardo*, mencionadas profusamente tanto por urbanistas como por historiadores.

Tales ciudades constituyen retratos de su época, pues su organización respondía al cumplimiento de una finalidad específica. Ello suponía la adopción de un patrón morfológico y un trazado impositivo y eficaz, que, en algunos casos y aunque de manera bastante reducida, se transmitió con el paso del tiempo a algunas ciudades medievales.

---

<sup>12</sup> Vid. L. REISSMAN, *El proceso urbano, Las ciudades en las sociedades industriales*, Gustavo Gili, Barcelona, 1970, p. 12 y 18.

En un momento histórico posterior, si hay algo que se puede afirmar con seguridad es la intención ordenadora de la comuna medieval, su planificación, sus claras finalidades y el poder centralizador del señor feudal. Tal urbe se caracterizó, según CHUECA GOITIA, como «una organización comunal», refugio no solo de sus habitantes sino también de los habitantes de los campos vecinos, dotada de un estatuto jurídico consolidado en el deber de la vigilancia y defensa de la fortaleza<sup>13</sup>.

Es posible identificar que, ya en aquellos tiempos, las ciudades occidentales estaban dotadas, tal y como destacó PIRRENE<sup>14</sup>, de «una ley, de una administración y de una jurisprudencia excepcionales que hacían de ella una personalidad colectiva privilegiada». Por lo que se ve, si bien la herencia de Roma acabó por diluirse con las invasiones bárbaras, la ciudad medieval, poco a poco, rescató el sentido de la organización social, de la contribución individual a la formación de lo colectivo, hasta llegar a independizarse de la comunidad y ganar un estatus propio.

Sumado a lo anterior, parece cierto que la ciudad como fenómeno social vivo y milenario, de expresión concreta, siempre ha sido uno de los elementos característicos que singularizan cada una de las etapas de la historia de la humanidad<sup>15</sup>. Por añadidura, consolidó modelos no sólo arquitectónicos y estéticos sino, sobre todo, de desarrollo social, político y cultural.

## **2.2. Ciudad y Estado como realidades coincidentes y conceptos superpuestos**

Es interesante resaltar para los fines de esta investigación que, empezando por las ancestrales ciudades desaparecidas en el pasado inmemorial, continuando por las ciudades de la antigüedad y finalizando por las profusamente documentadas ciudades del presente, todas parecen tener un punto en común. Este consiste en la existencia de un centro de poder, más o menos organizado, al que le incumbe dar forma a la concentración humana, tomar las principales decisiones de gobierno e, incluso, establecer el modo de vida de sus habitantes.

---

<sup>13</sup> Vid. F. CHUECA GOITIA, *Uma Breve História do Urbanismo*, Martins Fontes, São Paulo, 1982, s/ed., p. 23.

<sup>14</sup> Vid. F. CHUECA GOITIA, *Uma Breve História do Urbanismo*, cit., p. 25.

<sup>15</sup> Para REISSMAN, cada época histórica se caracteriza por un período arquitectónico determinado. (vid. L. REISSMAN, *El proceso Urbano*, cit., p.10).

Los sacerdotes, los reyes, los jefes, los emperadores, los príncipes, los señores o cualquiera que fuera su denominación, tan solo representaban la expresión del poder dominante, la fuerza motriz que mantenía cada ciudad. Según afirma MUMFORD en este sentido, desde un principio es posible identificar la noción de Ley y orden<sup>16</sup>.

Esta noción de sometimiento a la Ley, que no tiene la misma denotación que en la actualidad, repercutió directamente en la manera como los individuos se ubicaron en el territorio de las ciudades, como utilizaron su suelo como fuente de supervivencia, de riquezas o de poder, como expresaron su arte y condujeron su vida social.

De este modo, a mi juicio, centro de poder, trazado y ciudad son conceptos que siempre han estado interrelacionados. El análisis de los hechos a lo largo de las diferentes fases históricas permite identificar con cierta facilidad que, por lo general, las ciudades, además de un control unificado, tenían objetivos que superaban la subsistencia individual, incluso en las sociedades más remotas<sup>17</sup>.

Aparte, también tenían un especial cuidado con las instituciones<sup>18</sup>, así como una lógica en la organización de la convivencia y del desarrollo de las actividades que en ellas tenían lugar. Esto les imponía un trazado, por mucho que este fuera básico. En efecto, la creación de los núcleos de convivencia humana ha respetado en cada sociedad y en cada momento histórico, determinados elementos básicos.

Es sabido que, en algunas ciudades, se dieron situaciones sumamente peculiares, incluso de un perfecto desorden. De cualquier forma, lo que se aprecia en las tesis de los historiadores, es que es difícil que las ciudades se concibieran como una mera aglomeración de personas, sino como un centro racional de convivencia. Esto se ve claramente en las ciudades que se organizaban ya fuera a partir de cuestiones religiosas, de clases estamentales, de división y disputa de poder o, más recientemente, a partir de estrategias funcionales.

---

<sup>16</sup> Vid. L. MUMFORD, *A cidade na história, suas origens, transformações e perspectivas*, cit., p. 59.

<sup>17</sup> Vid. L. MUMFORD, *A cidade na história, suas origens, transformações e perspectivas*, cit., p. 73.

<sup>18</sup> Vid. L. MUMFORD, *A cidade na história, suas origens, transformações e perspectivas*, cit., p. 77.

MUMFORD llega a afirmar que, en sus comienzos, la ciudad conservó «las intimidades y solidaridades de la comunidad primaria»<sup>19</sup>, peculiares de la aldea, pero ello no impidió el desarrollo de sus propias funciones: el diálogo, la especialización humana, la sofisticación de las actividades, el cambio de las costumbres, la primera noción de Derecho de propiedad<sup>20</sup>, el desarrollo de las artes.

Sin embargo, debo admitir que aunque en las bases de la creación de algunas ciudades, hubo un notable intento de ordenación, muchas de ellas se vieron abocadas al fracaso. Efectivamente, las ciudades han ido a la par de los diferentes cambios sociales, ya fueran estos avances o retrocesos, en cuyo caso, también cayeron junto con la colectividad que las habitaba. Muchas llegaron incluso a desaparecer a causa de guerras o del agotamiento de su capacidad de respuesta a los intereses de la comunidad.

Tampoco faltan críticas al estilo novedoso o superado de cada uno de los modelos urbanos susceptibles de ser identificados desde la antigüedad hasta el día de hoy. Tanto sobre ciertas ciudades con conjuntos históricos mal conservados como acerca de otras con una excesiva parafernalia de artificios que resultan en un paisaje forzado, lo que se puede decir es que todas ellas son fruto de la sociedad que las habitan<sup>21</sup>.

De esta manera, es posible identificar distintas manifestaciones de ordenación de las urbes y de explotación del territorio, de acuerdo con las costumbres y las necesidades habidas en cada época<sup>22</sup>. Tomando esto como base, creo que es posible afirmar sin discusión, que en todos los modelos de ciudad habidos a lo largo del tiempo,

---

<sup>19</sup> Vid. L. MUMFORD, *A cidade na história, suas origens, transformações e perspectivas*, cit., p. 74.

<sup>20</sup> Vid. L. MUMFORD, *A cidade na história, suas origens, transformações e perspectivas*, cit., p. 124.

<sup>21</sup> Por ejemplo, LÓPEZ RAMÓN se refiere a una *disneylandización* de la ciudad, a su juicio, una creación fantástica y espectacular típica de la postmodernidad (vid. F. LÓPEZ RAMÓN, *Introducción al Derecho Urbanístico*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 28). A su vez, LEFEBVRE alude al hecho de que las ciudades modernas, generalmente, son mencionadas con calificativos un poco despectivos e incluso peyorativos, pero objeta que en las grandes ciudades, surgidas y desarrolladas espontáneamente, sí que se nota una «pujante individualidad colectiva» (vid. H. LEFEBVRE, *De lo rural a lo urbano, historia, ciencia, sociedad*, Ediciones Península, Barcelona, 1975, 3.ª ed., p.104).

<sup>22</sup> Sobre esto, ASCHER observa que esta característica de las ciudades de corporeizar las «lógicas de las sociedades que acogen» se verifica, incluso, en las ciudades que siguen un cierto planeamiento (vid. F. ASCHER, *Los Nuevos Principios del Urbanismo, El fin de las ciudades no está a la orden del día*, Alianza Editorial, Madrid, 2012, 4.ª ed., p. 20).

se puede identificar un denominador común que se manifiesta de diferentes maneras: un centro de poder capaz de decidir cuál es el modelo de ciudad, cuál su desarrollo, cuáles las instituciones de las que debe disponer y cuál el comportamiento de la colectividad.

Este centro de poder político se ha denominado de distintas maneras en las diferentes eras, pero ya fuera el jefe, el sacerdote, el rey, el emperador, el señor, el príncipe o el Poder Público, impuso su fuerza y acotó las actividades humanas en el escenario social, sin que nadie haya sido capaz de escapar al mismo. Tal poder, así como la forma de su ejercicio, cambiaron hasta llegar a conformar la noción de Estado que, de la sencilla manera descrita por MAYER, vino a consistir en «un pueblo organizado bajo un poder soberano para la persecución de sus intereses»<sup>23</sup>.

Desde siempre ha existido un orden que, una vez configurado como poder, ha imperado en los intereses y expectativas de la sociedad. Por supuesto, esto también se ha reflejado en el medio urbanizado, donde la colectividad se ha sometido a las decisiones de un poder central de mando que ha dictado la manera como la ciudad debía conducirse, expandirse y desarrollarse.

A pesar de que es cierto que en todo orden siempre surge su infractor, es innegable que la noción de obligatoriedad de una mínima ordenación urbana se ha mantenido y trasladado hábilmente a la cada vez más independiente figura del Estado soberano, la cual será examinada más adelante.

Históricamente, al menos en las dos civilizaciones más mencionadas en el mundo occidental como parámetros de referencia —Grecia y Roma—, la noción de Estado, tal y como hoy en día la admitimos, estaba asociada a la ciudad. En efecto, griegos y romanos solían utilizar, respectivamente, *polis* y *civitas* para designar tanto a la concentración urbana y el lugar de ejercicio de la ciudadanía como al espacio sobre el que se fijaba el poder político central.

---

<sup>23</sup> Vid. O. MAYER, *Derecho Administrativo Alemán*, DePalma, Buenos Aires, 1982, s/ed. Vol. I, parte general, p. 3.

La historiografía refuerza esta premisa al reconocer que, a lo largo de la historia, la ciudad fue la base fundamental del Estado emergente<sup>24</sup> por ser la sede lógica e histórica del poder<sup>25</sup>. Sin embargo, las distintas áreas del saber siempre han tenido un especial interés en conformar una teoría acerca de la forma de organización y de gobierno de cada sociedad, o sea, de la manera como estaba constituida la sociedad política.

Las concepciones originales de Platón, Aristóteles y Cicerón en la antigüedad, no solo lo demuestran, sino que pueden ser consideradas el punto de partida de una discusión que, además de no estar agotada, ha perdurado a lo largo del tiempo de forma dinámica, pues tanto su concepción como sus dimensiones han experimentado cambios evidentes.

### **2.3. La disociación del binomio Estado-Ciudad**

La coincidencia terminológica entre ciudad y Estado dejó de existir en el Medievo, con el surgimiento del municipio y de los ordenamientos de las ciudades, panorama que concitó nuevas formas de gobierno y el apoderamiento de la comunidad política fundamentado en la noción de la supremacía del todo sobre las partes<sup>26</sup>. Así y todo, el término Estado solo se forjó en la Edad Moderna, en la obra de MAQUIAVELO<sup>27</sup>, en la misma época en la que JUAN BODINO<sup>28</sup> propugnó la noción de la soberanía estatal, esto es, de la independencia de un Estado frente a otro y del ejercicio de poder sobre los administrados<sup>29</sup>.

---

<sup>24</sup> A propósito de ello, KORN sostiene que «the town is the cornerstone of the emerging state» y marca el paso de la desintegración de la tribu y su conversión en una nueva organización central (vid. A. KORN, *History builds the town*, Lund Humphries, London, 1953, 1.ª ed., p. 7).

<sup>25</sup> Vid. G. C. ARGAN, *História da Arte como História da Cidade*, Martins Fontes, São Paulo, 2010, 5.ª Ed, 2.ª tiragem, p. 78.

<sup>26</sup> Vid. M. FIORAVANTE, *Constitución. De la Antigüedad a Nuestros Días*, Trotta, Madrid, 2011, 1.ª ed. 2.ª Reimpresión, p. 52.

<sup>27</sup> Vid. O. ALZAGA VILLAAMIL, I. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, J. RODRÍGUEZ ZAPATA, *Derecho Político Español, según la Constitución de 1978*, V. I, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2010, p. 56.

<sup>28</sup> Dado que no es pertinentes para el tema tratado en mi investigación, a partir de este momento, abandono la presentación de la teoría política, jurídica y la doctrina general del Estado. Mi intención ha sido únicamente demostrar que la construcción del Estado, tal y como se concibe hoy en día, fue paulatina y que la ciudad se alejó de su figura a comienzos de la Edad Moderna.

<sup>29</sup> Vid. D. FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 1986, p. 62.

Por supuesto, la fragmentación de Roma que se había producido con anterioridad, dio la oportunidad para la formación de varios territorios independientes en la Edad Media, organizados bajo una forma feudal, lo que sirvió de base fértil para una nueva concepción de poder político<sup>30</sup>. El mapa de Europa de dicha época demuestra una profusión de ducados, principados y condados, en otras palabras, de fracciones de territorio encabezados por un titular absoluto de mando, el cual solo se subyuga al poder eclesiástico, cuando así fue el caso.

Las ideas de MAQUIAVELO de separación entre el poder político, ahora denominado Estado, y el poder religioso; la defensa de BODINO de la existencia de una soberanía estatal y, finalmente, el reconocimiento de HOBBS de que el Estado es titular de un poder de dominación, formaron la base de lo que llamamos el Estado Moderno<sup>31</sup>. Con el paso del tiempo, dicho Estado fue tomando forma, por lo general, por medio de la expansión de su territorio y la división del ejercicio del poder.

En mi modesta opinión, tales características causaron la ruptura con la reducida concepción de ciudad, que perdió su protagonismo, así y todo, no dejó de estar bajo la influencia estatal, tal y como destacaré con posterioridad.

Con todo, no hay una definición unívoca ni de la naturaleza ni del concepto de Estado, de modo que cada rama del conocimiento social hace su contribución por medio de distintas ideas acerca del mismo, las cuales, a veces, son controvertidas<sup>32</sup>. Jurídicamente, y para una propuesta metodológica más sencilla, voy a utilizar el concepto de Estado como centro del poder político del cual emana el sistema normativo de una comunidad dada.

Continuando con el anterior raciocinio, considero relevante apuntar que en el Medievo, el desarrollo de la sociedad política empezó a adquirir una mayor importancia, cuyas dimensiones no quedaron restringidas al limitado espacio de las

---

<sup>30</sup> Vid. G. JELLINEK, *Teoría general del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 2002, p. 97.

<sup>31</sup> Vid. L. COSCULLUELA MONTANER, *Manual de Derecho Administrativo*, Parte General, Civitas, Cizur Menor, 2010, 21.ª Ed., p. 21.

<sup>32</sup> Para una síntesis de las dificultades jurídicas de esta definición vid. H. Kelsen, *Teoría General del Estado*, Comares, Granada, 2002. A su vez, BOBBIO, MATTEUCCI y PASQUINO muestran una lectura política del Estado contemporáneo en distintas entradas de su Diccionario de Política (vid. N. BOBBIO, N. MATTEUCCI y G. PASQUINO, *Dicionário de Política*, Universidade de Brasília, 1992, 4.ª ed.).

ciudades amuralladas. Si bien es cierto que había muchas ciudades-Estado, también lo es que ya se producía un movimiento de asociación en confederaciones o de unificación de territorios. Esto determinó la necesidad del establecimiento del poder en una entidad mayor, capaz de concentrarlo y, a la vez, de hacer valer su prevalencia, fenómeno este que rompió con la noción de ciudad-Estado.

Por supuesto, la disociación histórica de la primitiva unidad entre el Estado y la ciudad, el surgimiento de la idea de nación con la fragmentación del territorio y la asunción definitiva por parte del Estado de su condición de forma compleja de organización social no significaron el alejamiento de los dos fenómenos sociales. Muy al contrario, representaron una nueva forma de convivencia, un cambio de perspectiva ante la entonces reducida relación de los cometidos típicos del Estado determinados por la división del poder político.

Sin embargo, incluso aunque no se niegue que la ciudad haya sido la base del nuevo Estado, no se puede perder de vista que la ciudad medieval traspasó al Estado todas sus propios problemas y limitaciones. A su vez, el Estado, al alejarse de las funciones hasta entonces consagradas a la ciudad, mermó y redujo la vida municipal, sobre todo el sentido de comunidad hasta entonces imperante<sup>33</sup>.

En seguimiento, al principio de la Era Moderna, más específicamente entre el siglo XV y el inicio del siglo XVII, el Estado asumió la forma de monarquía estamental, con una separación muy clara entre la nobleza, el clero y el pueblo, de modo que los derechos individuales no tenían casi ningún reconocimiento. Asimismo, en algunos Estados sobrevivió el régimen monárquico absolutista, centrado en la figura del Rey, centrado en el poder de policía y caracterizado por su gran discrecionalidad. Empero, sobre todo en Francia, emergió la noción de los servicios públicos y un intento de organización administrativa, lo que demandó una remarcable intervención social<sup>34</sup>.

Obviamente, estas características del Estado determinaron significativos cambios en la comunidad urbana. Es posible percibir que, con la caída del régimen feudal y la ascensión de las monarquías nacionales y también con la expansión del

---

<sup>33</sup> Vid. L. MUMFORD, *A cidade na história, suas origens, transformações e perspectivas*, cit., p. 368 y ss.

<sup>34</sup> Vid. D. FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 62 y ss.



territorio, la ciudad pasó a representar solamente una parcela sobre la que el poder incidía y se ejercía. Esto se acentuó en el Barroco, cuando se consolidó la noción de la capital y se fijó en ella la residencia del monarca, así como de su corte.

Por lo que atañe a los propósitos de esta investigación, es necesario destacar que en este período, mediante el ejercicio del poder de policía, el Estado controló con rigor las actividades de los ciudadanos en las ciudades, reduciendo casi a la nada, la espontaneidad en la composición del espacio urbanizado y la noción de comunidad.

### **3. Primeros intentos de formalización de una ordenación estatal**

A partir de la Edad Media es significativo el gran cambio que experimentaron las ciudades, el cual se produce, en buena medida, a causa del racionalismo. Por estar contenida dentro de las murallas, la capacidad de expansión de la ciudad era limitada, de manera que fue absolutamente imperativo reordenar la forma de ocupación de su espacio, de modo que satisficiera las nuevas demandas.

Ello supuso seguir una cierta lógica y la adopción de formas geométricas; igualmente, determinó la superación de una concepción al azar de la ciudad, tal y como menciona CHUECA GOITIA<sup>35</sup>. Por lo general, la espontaneidad fue perdiendo fuerza y, paulatinamente, cedió espacio ante la organización espacial de la urbe en lo que respecta a la ocupación del suelo y a las actividades en ella desarrolladas tanto individual como colectivamente.

Se puede percibir que, en la Alta Edad Media, el auge del poder militar, rumbo a la expansión territorial y a la consabida conquista de nuevas naciones, produjo un fuerte impacto en las ciudades. Concretamente, ello fue así porque la posibilidad de su conquista por Estados expansionistas era constante, lo que determinó el refuerzo de su protección, no solamente mediante una mejora de la edificación de las murallas con el fin de resistir los ataques, sino por medio del establecimiento de planes de ocupación del territorio de la urbe.

---

<sup>35</sup> Vid. F. CHUECA GOITIA, *Uma Breve História do Urbanismo*, cit., p. 26 y 27.

La técnica militar orientó la formulación de los proyectos para cumplir dicha tarea<sup>36</sup>, pero también determinó un reaprovechamiento de los lugares consolidados con el fin de realojar a la población que vivía en el interior de las murallas, la cual no paraba de crecer. Se derribaron muchas edificaciones, se modificaron los tipos de ocupación y también se perfeccionaron las técnicas de construcción. En las ciudades conquistadas, el poderío militar se concretó de una forma más evidente y de una manera aún más destructiva.

Por supuesto que ello tuvo su precio: la consolidación de la ciudad vertical con un aprovechamiento sistemático de todos los espacios contenidos dentro de las murallas, a su vez, desencadenó un ímpetu capitalista que, hasta esa fecha, no era tan significativo. De hecho, cada fracción del espacio urbanizado asumió un carácter monetario, de modo que generó la idea del suelo como un bien valioso y que podía ser utilizado como mercancía. Todo ello sin olvidar la carrera por convertirse en propietario, algo que también conllevó un incremento del sistema de tributación con el que se gravaba a los ciudadanos y un fortalecimiento económico del Estado<sup>37</sup>.

Lo que es importante subrayar aquí, son, justamente, las características de ese período: la expansión de la fuerza militar<sup>38</sup>, el planeamiento técnico de la ocupación de las ciudades con el fin hacerlas viables, el crecimiento vertical del espacio urbanizado y la erradicación del sentimiento de comunidad.

### **3.1. La consolidación de la ordenación del uso de las ciudades**

En la Edad Moderna la ciudad experimentó un cambio aún más radical. A las características del racionalismo en boga anteriormente, se le sumaron el sentido de la estética, de la belleza y del arte propio del Barroco, de manera que se sofisticó la

---

<sup>36</sup> Según MUMFORD, los urbanistas del barroco recibieron una fuerte influencia del sentido militar de composición del espacio urbanizado, lo que justifica la aparición de avenidas anchas, de trazado recto y uniforme. Sobre el escenario en general, el autor advierte que las ciudades se convirtieron en palcos para desfiles militares (vid. L. MUMFORD, *A cidade na história, suas origens, transformações e perspectivas*, cit., p. 401 y 419).

<sup>37</sup> Vid. L. MUMFORD, *A cidade na história, suas origens, transformações e perspectivas*, cit., p. 392 y 395.

<sup>38</sup> Acerca de ello, MUMFORD destacó que en aquella época, se impuso la fuerza de subyugación del pueblo al ejército y, por lo tanto, a las normas de ocupación del espacio urbanizado (vid. L. MUMFORD, *A cidade na história, suas origens, transformações e perspectivas*, cit., p. 394).

concepción de centro urbano consolidado por el sencillo trazado geométrico y cartesiano vigente hasta entonces.

Todo este movimiento tuvo su esplendor en el Barroco con la ciudad clásica, que abrigó una nueva concepción de poder del Estado y la exprimió mediante la monumentalidad de las formas, de las avenidas y de los equipamientos urbanísticos (plazas, jardines y otros). Tal concepción novedosa de ciudad, al fin y al cabo, confirmó la tendencia a la eliminación de la espontaneidad de los ciudadanos en la construcción del territorio.

Esta conversión de la ciudad medieval en la ciudad clásica fue tan expresiva que ASCHER afirma que representó la primera gran revolución urbana. Esto es así dado que supuso la separación de «lo público de lo privado»<sup>39</sup> y estratificó de modo definitivo la sociedad, reforzando la noción de clase social y de individualismo.

El Estado consolidó su papel protagonista de la vida social en los ordenamientos monárquicos del Renacimiento, afirmando la noción de Administración Pública y ampliando su abanico de funciones. Ello supuso un incremento de su influencia en la vida de los ciudadanos en diversos aspectos, como por ejemplo, en lo material, en lo moral o en lo religioso, lo que tuvo como consecuencia una actitud individualista en las personas, tal y como afirma ZANOBINI<sup>40</sup>.

Los impactos en la ciudad de esta nueva perspectiva de actuación se hicieron sentir inmediatamente. De modo diferente a como ocurrió durante el período que le precedió, el Renacimiento instauró una era de más aprecio por el desarrollo, por el sentido estético.

En mi opinión, lo más relevante fue la proliferación de ideas acerca de la ciudad ideal y la ciudad real, algo que estimuló no solo la producción intelectual, sino también la insatisfacción social ante lo que de concreto representaba la ciudad. En ese

---

<sup>39</sup> Vid. F. ASCHER, *Los Nuevos Principios del Urbanismo, El fin de las ciudades no está a la orden del día, cit.*, p. 24.

<sup>40</sup> Vid. G. ZANOBINI, *Curso de Derecho Administrativo*, V. I, Parte General, Arayú, Buenos Aires, 1954, p.16.

momento, el Estado tuvo que realizar una fuerte intervención en el contexto urbano en aras de hacer prevalecer los designios de la técnica, ocupando el lugar de la espontaneidad de los ciudadanos en la composición del espacio urbano.

### **3.2. El liberalismo y retrocesos en la ordenación de la ciudad**

La modificación de las funciones estatales sobre la ciudad se repitió en el período posterior a la Revolución Francesa (1792), con la eclosión del Estado de Derecho (siglo XIX), el cual, al adoptar el constitucionalismo como técnica de limitación del poder político, trajo en su esencia, su sometimiento a la Ley, la soberanía popular, la separación de los poderes y la consagración de los derechos fundamentales junto a un sistema de garantías.

Tal modelo de Estado adoptó, de inicio, el liberalismo económico como forma de actuación, lo que redujo mucho su intervención en la vida social e implicó la instauración de una libertad de mercado efectiva, así como el correspondiente incremento del poder económico. Frente a esta realidad, se reconocieron los denominados derechos fundamentales de primera generación, los cuales fueron considerados inherentes a la naturaleza misma del hombre, son ellos: la libertad, los derechos civiles y políticos.

Defiende GARCÍA DE ENTERRÍA que «la Revolución “desencanta” el poder, lo reduce a un mecanismo humano, común, ordinario, racional, lo hace descender a la ciudad»<sup>41</sup>. Dicho cambio representó un nuevo marco en la historia del Poder Público, aunque también impuso a las ciudades una realidad aún más volcada en el desarrollo privado y en la especulación.

Dentro de esta tesitura, el Estado, desde un punto de vista formal, perseveró en el estilo barroco del planeamiento del espacio urbanizado tanto como le fue posible y no faltaron las oportunidades para el ejercicio de la libertad de construcción y de explotación del espacio urbanizado, con el fin de obtener más beneficios<sup>42</sup>.

---

<sup>41</sup> Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Lengua de los Derechos*, Civitas, Madrid, 2009, p. 121.

<sup>42</sup> Vid. L. MUMFORD, *A cidade na história, suas origens, transformações e perspectivas*, cit., p. 433.

Prácticamente, el Estado reservó para sí el desempeño de las funciones de contener y equilibrar las actividades en la urbe<sup>43</sup>, con el propósito de equilibrar los múltiples intereses que en ella gravitaban<sup>44</sup>. Mientras tanto, la sociedad industrial se autorregulaba de manera improvisada y experimentaba un crecimiento a gran escala y generaba una rápida prosperidad.

Esto asumió tal dimensión que MUMFORD afirma que, en aquella época, lo que preponderó fue el progreso técnico y la ciudad, como unidad social y política, quedó relegada a un segundo plano<sup>45</sup>. La planificación del espacio urbanizado y su desarrollo asumieron, en dicho contexto, «una racionalidad simplificadora» reflejada en el modelo de zonificación monofuncional, enfocada en atender las exigencias del mercado<sup>46</sup>.

Como destaca BENEVOLO<sup>47</sup>, el poder económico del mercado indujo al Estado y a la sociedad a no participar en el proceso de urbanización, lo que desacreditó las técnicas de control urbanístico y mermó la confianza de la colectividad en las reglas urbanísticas emanadas del centro de poder político. Tal circunstancia alejó el uso y la ocupación del suelo urbanizado de la más mínima noción de colectividad enfocada en el bien común. En ese momento, se desbarata toda forma conocida de convivencia social con un mínimo ordenamiento y planificación que he examinado a lo largo de mi exposición. Evidentemente, ni la ciudad barroca ni la clásica ni tampoco la medieval, desaparecieron de inmediato, pero incluso en los casos en los que los emplazamientos históricos fueron preservados, tanto las raíces como el sentido de la comunidad sufrieron transformaciones.

---

<sup>43</sup> Acerca del tema, BENEVOLO argumenta que en aquella época, tanto la ciudad como el campo se mantuvieron al margen de un control urbanístico adecuado (vid. L. BENEVOLO, *As origens da Urbanística Moderna*, Presença, Lisboa, 1987, p. 22).

<sup>44</sup> Sostiene ESCRIBANO COLLADO que las intervenciones administrativas en el derecho de propiedad en dicho período, consistían, exclusivamente, en un medio de compaginar el interés público con el privado (vid. P. ESCRIBANO COLLADO, *La Propiedad Privada Urbana. Encuadramiento y Régimen*, Montecorvo, Madrid, 1979, s/e, p. 67).

<sup>45</sup> Vid. L. MUMFORD, *A cidade na história, suas origens, transformações e perspectivas*, cit., p. 487.

<sup>46</sup> Vid. F. ASCHER, *Los Nuevos Principios del Urbanismo. El fin de las ciudades no está a la orden del día*, cit., p. 27.

<sup>47</sup> Vid. L. BENEVOLO, *As origens da Urbanística Moderna*, cit., p. 22.

Volviendo a la teoría de las revoluciones de ASCHER, este afirma que en aquel periodo se produjo una nueva revolución urbana que, aunque no ocasionó la completa decadencia del modelo de ciudad anteriormente descrito, conllevó diversos problemas urbanos hasta entonces desconocidos o poco significativos<sup>48</sup>.

Añade que esto tuvo lugar a comienzos de la revolución agrícola y tuvo su culmen en la Revolución Industrial, cuando en el mundo occidental surgió la industria a gran escala, las líneas de producción y la máquina de vapor, lo que ocasionó un incremento de la movilidad urbana mediante sistemas de transporte colectivo. Hubo, por lo tanto, un cambio de mentalidad como consecuencia de la valorización del capital, del incremento de la economía y de la creciente necesidad de mano de obra para la producción<sup>49</sup>.

### **3.3. La ciudad industrial y su contexto de desorden**

La ciudad no salió indemne del nuevo rasgo liberal de la actuación estatal, sino todo lo contrario, pues surgió la ciudad industrial, la *coketown* de Charles Dickens, que se caracterizó por el predominio de la racionalidad empresarial<sup>50</sup>, por el desorden en la ocupación del espacio urbano, por la creación de inmensos barrios obreros alrededor de las industrias.

En este momento histórico, se reforzó el uso del suelo como elemento mantenedor de la economía urbana, de modo que se incrementaron las edificaciones y, con ello, se redujeron los espacios baldíos. Rápidamente, se pudo percibir el incremento de valor que se le concedió a la propiedad y cómo esto repercutió en la urbe, la cual todavía carecía de una infraestructura suficiente para soportar tantos cambios.

Las ciudades sufrieron un proceso de rápida modificación de su trazado, de su forma y de sus fines, lo que se vio impulsado por el nuevo régimen de producción y supuso un divorcio entre las ciudades y los cánones religiosos e institucionales que les

---

<sup>48</sup> Vid. F. ASCHER, *Los Nuevos Principios del Urbanismo, El fin de las ciudades no está a la orden del día*, cit., p. 24.

<sup>49</sup> Vid. F. ASCHER, *Los Nuevos Principios del Urbanismo, El fin de las ciudades no está a la orden del día*, cit., p. 24 y 25.

<sup>50</sup> Vid. H. LEFEBVRE, *De lo rural a lo urbano. Historia, ciencia, sociedad*, cit., p. 12.

dotaron de su primera configuración. También determinó el derribo de la muralla que, a la vez que las protegía, limitaba su expansión.

La velocidad de las mudanzas sociales, económicas y urbanísticas fue significativa y el Poder Público, según puedo concluir a partir de los registros históricos, no logró seguir el mismo ritmo, por lo que a mi entender, tuvo que intervenir masivamente en la estructura urbana como jamás lo había hecho anteriormente.

Lo más importante de este período es que, aunque se reconozca que los progresos en él ocurridos tuvieron como resultado tanto una mejora de la producción como nuevos frentes de trabajo, los cuales diversificaron las actividades en la urbe, muchos aspectos de las nuevas aglomeraciones urbanas acabaron por comprometer la convivencia social y propiciaron un sinnúmero de conflictos, enfermedades y tragedias.

Por un lado, las ciudades experimentaron un aumento expresivo del número de habitantes como resultado del desarrollo industrial y del consecuente abandono de las áreas rurales, la urbanización se adueñó del espacio de los antiguos bosques de forma acelerada y llegó incluso hasta tierras no ocupadas anteriormente<sup>51</sup>. Hubo una concentración masiva de viviendas cerca de las fábricas para atender la demanda de operarios, lo que propició el surgimiento de los *slums*, de las colmenas formadas alrededor de las industrias. Es decir, surgieron rápidamente incontables viviendas improvisadas, mal edificadas y sin ningún control sanitario alrededor de los barrios industriales.

Por otro lado, se produjo una expansión de las infraviviendas, de la degradación de los centros urbanos y de la simultaneidad del uso laboral y residencial en un único emplazamiento, aun cuando el objeto de la actividad implicase la presencia de animales, todo lo cual resultaba en un incremento de la insalubridad ya existente a causa de la falta de unos servicios públicos universales y eficientes.

Este degradante escenario se reprodujo en casi todos los países industrializados e, inclusive, en aquellos que a pesar de que no lo eran, experimentaron

---

<sup>51</sup> Vid. H. LEFEBVRE, *De lo rural a lo urbano. Historia, ciencia, sociedad, cit.*, p. 11.

un movimiento de migración de sus habitantes desde el campo hacia las ciudades, en busca de un cambio de vida. Como apunta MUMFORD, no hay duda de que desde el principio, la ciudad representó para el individuo, en comparación con el mundo rural, mayores oportunidades de desarrollo de sus capacidades, así como de innovación de sus actividades. La ciudad dio paso a la creatividad humana y a las creaciones y, por ello, atrajo masivamente a las personas.

A pesar de que este proceso haya presentado diferentes matices en los países en los que tuvo lugar, por lo general, hay un aspecto que es similar en todos ellos: el gran avance del proceso de urbanificación propugnado por la Revolución Industrial y por el abandono del campo. No fue para menos, las industrias demandaban mano de obra, la ciudad necesitaba suplirla, el campo infligía dificultades, los hombres querían obtener mejores condiciones de vida, desarrollarse y el empleo en la industria era visto como una solución casi mágica para todos los problemas.

Pero la muchedumbre que se acumulaba en instalaciones insalubres, los accidentes y grandes incendios, la incontrolable diseminación de las epidemias, representaron, sin lugar a dudas, un pésimo contrapunto a esta realidad, aunque ya era tarde, la nueva conformación de la existencia humana se había consolidado y esto le rendía malos frutos a las capas más bajas de la sociedad.

Sin embargo, como ya he mencionado con anterioridad, las ciudades de los distintos estados occidentales siempre contaron con un poder central que establecía conductas e intervenía imponiendo un verdadero orden urbanístico, cualquiera que fuera la forma de gobierno adoptada.

Aparte, si en un determinado momento histórico, el motivo determinante de tal intervención fue pura y simplemente la voluntad del titular del poder, puedo afirmar con razonable seguridad que, a partir de la Revolución Industrial, este control estaba más motivado por la necesidad de proteger el propio sistema, encarnado en la ciudad, de manera que pudiera conservar su capacidad de resistencia frente a todas las intervenciones que le fueron impuestas.



En mi opinión, el conjunto de evidencias que se puede extraer de la literatura especializada sobre la actuación del centro de poder controlador de la ciudad en este contexto histórico, permite llegar a la conclusión de que desde un punto de vista social, se advirtió la necesidad de garantizar la propia supervivencia del fenómeno ciudad. Esto impuso al poder dominante la tarea de establecer un orden mínimo que propiciase la seguridad de la convivencia ciudadana e, inclusive, del mantenimiento del poder ejercido sobre ella. Con este fin, se intensificó el uso de la fuerza, creando reglamentos preceptivos y generales más explícitos sobre las actividades sociales.

La ciudad de la suciedad, de las enfermedades y de las infraviviendas conllevaba un coste social muy grande y la intervención estatal supuso el camino hacia la supervivencia por medio del orden. No son raros los ejemplos de ciudades en las que el poder central actuó impulsado por la idea de una higienización del ambiente, pero también lo hizo para contener la desenfrenada especulación del mercado.

Estas actuaciones tuvieron un carácter esencialmente correctivo. Sin embargo, las ideas del cartesianismo y la busca de mejoras en el entorno urbano, que ya habían tenido inicio en el período precedente, no cayeron en el olvido, sino que se reforzaron. Esto es así debido a que, a mi entender, en el contexto urbano las experiencias no se pierden, sino que los nuevos sistemas se desarrollan de modo concomitante a los precedentes.

Estoy convencida de que, en épocas recientes y desde una perspectiva jurídica, esa fue la tónica de las primeras intervenciones del poder central que actuaba en cada ciudad: garantizar su supervivencia ante los degradantes influjos sociales de su contexto, aunque he de admitir que cabe la posibilidad de que dicho proceder no haya sido deliberado.

Aparte, en contraposición, a partir de ese momento el espacio urbano y el suelo que le correspondía asumieron, incontestablemente, el papel de fuente de riquezas fáciles de ser disfrutadas. Justamente por ello, por lo general, cundió la perspectiva de una rápida recuperación de las inversiones realizadas en los mismos, situación no muy distinta a la que nos toca vivir en el presente.

Por lo tanto, el suelo urbanizado se convirtió en una opción perfecta para todo tipo de especulaciones. Ello supuso una expansión cada vez mayor del proceso urbanizador y de la parcelación del suelo, lo que reforzando el valor del Derecho de propiedad como símbolo de riquezas, poder y proyección social<sup>52</sup>.

Es manifiesto que ello intensificó la acumulación de propiedades en manos de unos pocos, así como su intensiva explotación, sobre la base del concepto napoleónico del carácter absoluto del Derecho de propiedad. Esto no solo ocurrió en los países europeos, sino que se propagó tanto a sus colonias como a los países recién independizados, tal y como representa la experiencia brasileña, de un modo claro e incontestable, asunto este que abordaré posteriormente.

#### **4. El urbanismo y la recuperación de la gestión pública de la ciudad**

En el contexto sociohistórico hasta aquí descrito, LEFEBVRE distingue dos eras: la era campesina (preponderancia del campo) y la era industrial (predominio de la industria). A ellas las siguió la era en la que lo que prevalece es lo urbano, con sus contradicciones, su sociedad diferenciada y sus conflictos. Este cambio de época no significó la superación de los problemas de la era industrial, sino que supuso, también según el autor, un agravamiento tanto de las situaciones sociales como de las dificultades para resolver los conflictos<sup>53</sup>.

Esta consolidación del espacio urbano hizo que despuntase con fuerza la idea de urbanismo, es decir, de la ordenación del uso y de la ocupación del suelo de la urbe, así como de las actividades desarrolladas por los particulares que la habitan.

En las palabras de BASSOLS COMA,

«el urbanismo, ante todo, se nos presenta como un hecho social, como la expresión de una de las formas de vida o de convivencia que va adoptando cada día con más intensidad la sociedad contemporánea a medida que el

---

<sup>52</sup> Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y L. PAREJO ALFONSO, *Lecciones de Derecho Urbanístico*, Civitas, Madrid, 1.ª ed., p. 28-29.

<sup>53</sup> Vid. H. LEFEBVRE, *El Derecho a la Ciudad*, Ediciones Península, Barcelona, 1978, 4.ª ed., p. 17-25.

proceso de industrialización, iniciado en algunos países a principios del siglo pasado va consolidándose y extendiéndose. Pero, al mismo tiempo, el Urbanismo es una ciencia o técnica de actuación que, a través de una serie de instrumentos – especialmente la planificación – decantados mediante un dilatado proceso, pretende conformar y ordenar de forma cada vez más intensa la vida urbana en su más amplia problemática como forma de convivencia del hombre en la sociedad contemporánea y de estructuración de los asentamientos urbanos en el espacio»<sup>54</sup>.

El urbanismo se establece, en mi opinión, como un fenómeno derivado de otro, el de la ciudad, en aras de satisfacer metas humanas específicas, entre ellas, la del bienestar social, la del ordenamiento de la convivencia y de la economía, la de la preservación de la memoria cultural y, en última instancia, la del ejercicio funcional de los derechos individuales y colectivos.

No creo que sea necesario incidir más sobre los efectos sobre la ciudad del abstencionismo estatal y de la privatización masiva del espacio urbanizado, pues este tema ya se ha visto previamente. Igualmente, ya se ha destacado que el colapso de la ciudad industrial requirió que el Estado despertara de su confortable letargo y asumiera la reconducción de la ciudad hacia una mínima noción de orden.

Si en un primer momento la solución del problema se fundamentó en cuestiones básicas que respondían a criterios sanitarios<sup>55</sup>, tal y como ocurrió en Inglaterra, tampoco se puede obviar que hubo tiempos en los que la ciudad disfrutó de claros parámetros de ordenación e, incluso, de desarrollo. Esto tuvo sus consecuencias: una reacción popular que exigió medidas estatales, especialmente, en Inglaterra. Por lo tanto, la concepción de una sanidad pública vino asociada por la urgencia de ordenación del suelo urbanizado que garantizase unas mínimas condiciones de urbanidad,

---

<sup>54</sup>Vid. M. BASSOLS COMA, *Génesis y evolución del Derecho Urbanístico Español (1812 – 1956)*, Montecorvo, Madrid, 1973, p. 46.

<sup>55</sup> BENEVOLO defiende que la intervención estatal normativa en Inglaterra con fines sanitarios fue la precursora de la legislación urbanística moderna (vid. L. BENEVOLO, *As origens da Urbanística Moderna*, cit., p. 94). Son ejemplos de legislación de esta naturaleza la ley de 08/08/1844 y la ley 31/08/1848 (*Public Health Act*). Además, entre estas dos leyes se sucedieron una serie de disposiciones administrativas.

exactamente la misma que se desarrolló a través de los tiempos y que mi análisis precedente demuestra.

En resumen, tal y como destaca LEFEBVRE, la realidad de las ciudades industriales tuvo como consecuencia, en un primer momento, la negación del espacio social urbano, seguidamente, la asunción de un ropaje socioeconómico y culminó con el reconocimiento de que la indispensabilidad de tener un centro de decisión<sup>56</sup> de las opciones urbanísticas fundamentales, en vista del calamitoso escenario forjado por el abstencionismo del Estado. En este punto, al realizar un análisis desde una perspectiva jurídica, surge la oportunidad de que el Estado retome la dirección de la ordenación urbana, aunque, ahora, dentro de unos límites constitucionales a los que debe someterse.

Es evidente que ello se dio en la presencia de un contrapunto a la fuerza económica ejercida por el modelo político liberal, el cual se materializó en las doctrinas de MARX y ENGELS que, pese a que no me son desconocidas, no creo que sea pertinente acometer un análisis de las mismas para el propósito de mi investigación,. Ahora bien, soy consciente de que muchas de las influencias sociales emanadas de estas doctrinas determinaron cambios paulatinos en la concepción de atribuciones del Estado.

Volviendo al análisis anterior, la evolución del sistema de garantías resultó en el reconocimiento de los derechos de segunda generación, cuya diferencia en relación a los precedentes radica en que son de índole puramente social, y también atribuyó de nuevo al Estado la asunción de algunos cometidos de los que se había visto despojado por el modelo liberal. Para muchos, esto acarreó la configuración de un nuevo tipo de Estado, el Estado Social o Estado de Derecho Social.

Personalmente, pienso que no nos encontramos ante un nuevo tipo de Estado, sino ante un perfeccionamiento del sistema de garantías típico del Estado de Derecho, el cual no se limita a respetar los derechos considerados inherentes a la condición humana, sino que también interviene en el contexto social para que todos los ciudadanos tengan unas prestaciones que, por sí mismos, no podrían obtener. Tanto es así, que las Constituciones más modernas consagran derechos fundamentales llamados

---

<sup>56</sup> Vid. H. LEFEBVRE, *El Derecho a la Ciudad*, cit., p. 38.

de tercera generación, los llamados derechos sociales, relativos al medio ambiente, al desarrollo sostenible, entre otros.

Desde luego, es importante remarcar que al que le tocó acudir en ayuda ante esa situación de caos social típica de la ciudad industrial, fue al urbanismo, el cual empieza a ser designado en este momento como urbanismo moderno y a ser admitido como una de las técnicas aplicables a los fenómenos sociales, en el intento de encontrar un equilibrio entre las fuerzas operantes en la ciudad. El rasgo que le distingue del anterior modelo de urbanismo es su mayor cercanía a los problemas sociales, tal vez, por el impulso de las revoluciones de 1848, si bien es cierto que su carácter técnico permanece<sup>57</sup>.

Para llevar a cabo esta tarea, el Estado actual ha vuelto a ser el gran protagonista social, de modo que no solo debe garantizar los derechos, sino promover su disfrute, acomodar los distintos intereses sociales, fomentar el desarrollo y compaginarlo con la preservación ambiental. Ahora bien, de una manera diferente a lo experimentado con anterioridad, el ordenamiento jurídico le impone numerosos frenos, tal y como expondré más adelante.

Según afirma ESCRIBANO COLLADO, dicho proceso culmina en siglo XX, justo después de la Primera Guerra Mundial, momento en el que se demandó del Estado su intervención directa en el medio social, incluso, en la distribución de bienes, novedad que el autor considera irreversible y que asumió distintas justificaciones, bien de tipo económico, bien de tipo ideológico<sup>58</sup>.

Lo que es importante remarcar de todo esto, es que los cambios en las funciones del Estado han impuesto marcas indelebles en la ciudad: en su trazado, en sus ampliaciones, en sus demoliciones. La forma como cada uno la ha explotado ha estado siempre condicionada por el mayor o menor nivel de intervención estatal.

Es obvio que la libertad era mayor en las ciudades del principio del Medievo, cuya principal guía era, sobre todo, la intuición, que en las del Barroco, las

---

<sup>57</sup> Vid. L. BENEVOLO, *As origens da Urbanística Moderna*, cit., p. 46.

<sup>58</sup> Vid. P. ESCRIBANO COLLADO, *La Propiedad Privada Urbana. Encuadramiento y Régimen*, cit., p. 67.

cuales se regían al dictado del cartesianismo y de la estética. Además, nada es comparable al desastre urbanístico ocasionado por el descontrol de las actividades urbanas que supuso el período de la Revolución Industrial y del culmen del liberalismo económico.

La historia registra que en esa época, el Estado dejó en manos de la iniciativa privada la tarea de promover la urbanización de las ciudades, reservando para sí mismo tan solo los cometidos policiales: la expedición de licencias y de permisos<sup>59</sup>. De este modo, generalmente era la iniciativa privada la que construía puentes, ferrocarriles, canales o puertos, en otras palabras, todas las infraestructuras.

La tarea estatal de ordenación adquirió un carácter más significativo con el surgimiento del Estado de Derecho, dado que se impuso un irreversible proceso de regulación del ejercicio de los derechos individuales consagrados en las Constituciones y previamente divulgados en las declaraciones de derechos que fueron considerados absolutos por el movimiento liberal.

Es evidente que no se puede despreciar el hecho de que esas propias declaraciones reconocieran como legítima toda intervención estatal que tuviese como propósito garantizar el ejercicio simultáneo de los derechos. Sin embargo, el Estado fue más allá: emprendió un irreversible proceso de regulación de las relaciones habidas entre los ciudadanos y de control de los abusos de derechos.

Vistas las cosas desde otra perspectiva, los ciudadanos jamás han tenido tantas garantías frente a la actuación estatal como en la época que nos toca vivir, en la que está vigente la supremacía del poder popular y la obligatoriedad de la sumisión del Poder Público a la Ley y a la noción del interés colectivo.

Considero que estas aclaraciones eran necesarias para demostrar cómo los movimientos histórico-sociales fueron determinantes para la actual situación del suelo urbanizado, tal y como reconoce SUSTAETA ELUSTIZA<sup>60</sup>. Asimismo, sirven para

---

<sup>59</sup> Vid. L. BENEVOLO, *As origens da Urbanística Moderna*, cit., p. 91.

<sup>60</sup> Vid. A. SUSTAETA ELUSTIZA, *Propiedad y Urbanismo*, Montecorvo, Madrid, 1978, p. 131.

justificar la actual tendencia de esa mayor intervención estatal en el medio social típica de nuestros días.

#### **4.1. La gestión pública de la ciudad ante el creciente desarrollo industrial y económico de los últimos siglos**

A mi juicio, es bien obvio que las ciudades siempre se han visto sometidas a dos fuerzas: por un lado, un centro de poder conductor de las decisiones fundamentales sobre el espacio urbanizado y, por otro, los ciudadanos, propietarios o no, cuyas actividades repercuten siempre en la constitución de dicho espacio.

La consagración del ejercicio de los derechos individuales de primera generación, entre ellos, el de propiedad, ocasionó que las posiciones del Estado y del propietario fueran, prácticamente, antitéticas, dado que este último Derecho se oponía al Estado en cuanto freno de su actividad.

Sin embargo, el pequeño periplo histórico delineado hasta aquí no ha tenido otro propósito sino el de confirmar el entendimiento de FORSTHOFF de que el Estado contemporáneo asume como suya la función de establecer y mantener el orden social, incluso cuando el tema en cuestión es el del ejercicio de los derechos individuales<sup>61</sup>. Esto comprende, obviamente, la organización de las ciudades, su ordenación y la racionalización de la convivencia urbana.

Por otro lado, una vez que el establecimiento de un orden en las relaciones entre los ciudadanos y su entorno, tanto el natural como el erigido por la mano del hombre, quedó definido como una de sus atribuciones, al Estado le correspondió desarrollar otra actividad.

En efecto, también le cupo la legitimación de su intervención en el uso y ocupación del suelo urbanizado, una función que siempre había ejercido, aunque ella iba a producirse a partir de ese momento, con arreglo a parámetros renovados, es decir, acatando el nuevo orden constitucional. Esta legitimación respondía a la nueva

---

<sup>61</sup> Vid. E. FORSTHOF, *Tratado de Derecho Administrativo*, IAP, Madrid, 1958, p. 15.

naturaleza de la propiedad, uno de los principales instrumentos de la intervención privada en la ciudad, la cual pasó a ver como quedaba garantizada en la Constitución en cuanto derecho fundamental.

Evidentemente, la configuración de toda sociedad política en la que el Estado se somete a una Constitución, le impone al mismo el deber de obediencia a la voluntad general, la cual, en teoría, está expresada en la legislación. Solo ella puede dotarle al Estado del necesario contrapunto para la avidez de la ciudadanía por ejercer sus derechos individuales de la manera que considere más pertinente<sup>62</sup>.

No solo en la doctrina especializada, sino, incluso, en la literatura de ficción<sup>63</sup>, puede advertirse que la época en la que se acuñó la noción del Estado tal y como hoy se concibe, así como el periodo subsiguiente, son coetáneos del período de mayor intensidad de la Revolución Industrial anteriormente mencionado.

Por aquel entonces, si la vida en el campo acarreaba una serie de dificultades y problemas, la de la ciudad, en un principio, no era diferente, sino peor incluso. El estímulo del abandono de las áreas rurales característico del primer ciclo de la Revolución Industrial, con la consecuente concentración de viviendas en precarias condiciones en el entorno de las industrias y de las líneas ferroviarias, se cobró un alto precio: desastres, incendios, enfermedades y epidemias.

En aquella época, el factor determinante de la intervención estatal en las ciudades muy industrializadas fue la apremiante necesidad de contener la ocupación desordenada del espacio urbanizado. De la misma forma, la formación de grandes aglomeraciones de infraviviendas (*slums*) en torno a las fábricas supuso un acicate aún mayor para la intervención estatal en la búsqueda de la difícil tarea de promover una mínima asepsia en el entorno urbano, intervención plenamente justificada por la necesidad de conseguir un espacio urbano salubre.

---

<sup>62</sup> No todos lograban disfrutar de los afamados derechos individuales de primera generación.

<sup>63</sup> CHARLES DICKENS fue el gran denunciador de las condiciones degradantes a las que estaban sometidos los habitantes de los *slums* en la *coketown* de Inglaterra, en su célebre obra *Hard times*.



Por supuesto, la insalubridad tanto de los edificios como de las vías públicas exigió enérgicas actuaciones estatales, sobre todo, ante la frecuente multiplicidad de usos que tenían lugar en las edificaciones. Efectivamente, al mismo tiempo que tenían un uso residencial, muchas construcciones también servían como local de trabajo, para el almacenamiento de víveres o para la crianza de animales. En no raras ocasiones, esta indebida simultaneidad fue causa de la propagación de enfermedades contagiosas, lo que ocasionó una mortalidad masiva y, también, devastadores incendios. Estos dos fenómenos fueron determinantes para el acometimiento de significativas reconstrucciones y, también, para el ejercicio de un mayor control del uso del suelo, labores ambas que se basaron en planes preestablecidos.

El examen de la literatura especializada permite llegar a la conclusión de que, durante el auge de la Revolución Industrial, en aquellos lugares en los que esta tuvo lugar, los primeros esfuerzos por una mínima ordenación dejaron de lado las cuestiones directamente relacionadas con la racionalización del uso del espacio urbanizado.

No se puede perder de vista que el Estado de aquel entonces era el recién instaurado Estado de Policía, regulador de las actividades ciudadanas en aras del mantenimiento del orden y que tenía como freno a los derechos fundamentales. Sus fines estaban muy alejados de las concepciones del bienestar y de la buena convivencia entre los ciudadanos que se defienden hoy en día.

Por añadidura, los problemas urbanos se consideraban de manera muy aislada, circunscritos a la realidad en la que se producían, de modo que, dentro del complejo sistema que siempre supuso la ciudad, no partían de un análisis global previo, lo que fue motivo de la toma de decisiones públicas no siempre eficaces acerca del uso del suelo por parte de los ciudadanos<sup>64</sup>.

---

<sup>64</sup> Vid. L. REISSMAN, *El proceso urbano, Las ciudades en las sociedades industriales, cit.*, p. 3-4.

## 4.2. El caso particular de Brasil

Quiero destacar el análisis de la experiencia brasileña en lo referente a los temas anteriormente abordados por una sencilla razón: al ser un país cuyo descubrimiento se produjo a principios del siglo XVI, en teoría, la ocupación de su territorio no pasó por todas las fases antes descritas.

Ajena a los hechos que he mencionado hasta este instante, la historia de la ciudad y de la urbanización en Brasil se desarrolla desde una perspectiva muy distinta, sobre todo cuando se lanza una mirada a partir de los tres pilares tratados en este capítulo —ciudad, Poder Público y propiedad—.

Antes de cualquier otra cosa, quiero subrayar que, dado que fue una colonia del reino de Portugal, teóricamente, la noción de Poder Público establecedor de conductas e impositor de orden ha existido desde siempre en Brasil<sup>65</sup>. No fue necesario que el Estado conformase la idea de una sociedad política y de sumisión a un centro de poder, ya que tales ideas ya estaban consolidadas.

El segundo aspecto que quiero subrayar es la política de ocupación que Portugal impuso a los inmigrantes durante un largo periodo, que consistía en la obligación de que poblasen el litoral en exclusiva, de modo que prohibió las migraciones hacia los territorios interiores de la colonia. Consecuentemente, en un inicio, todas las ciudades y villas se ubicaban en la costa y tuvieron como propósito inicial, la consolidación de la permanencia portuguesa en el territorio, el establecimiento y fortalecimiento del comercio y la viabilidad del intenso movimiento portuario<sup>66</sup>.

---

<sup>65</sup> Obviamente, no me refiero al caso de los pobladores originarios.

<sup>66</sup> La política portuguesa de consolidación de sus dominios en Brasil fue muy distinta que la que practicó España en sus territorios americanos, ya que se caracterizó por una ocupación masiva del litoral, por medio de la fundación de ciudades, *vilas* y *feitorias* —factorías—. Esto tiene su razón de ser en que la colonización portuguesa tuvo un carácter exclusivamente extractivista, cuyo interés por Brasil se limitó, durante un extenso periodo, al suministro de las riquezas autóctonas para la metrópoli. Esto se produjo hasta tal punto, que BUARQUE DE HOLANDA afirmó que Portugal siempre tuvo el propósito de tener una relación pasajera con Brasil, sin la intención de establecer raíces, lo que hace aún mayores las diferencias entre la colonización en América, de Portugal y España, la cual consideró a sus colonias como una extensión de su territorio (*vid.* S. BUARQUE DE HOLANDA, *As Raízes do Brasil*, Companhia das Letras, São Paulo, 2010, 26.ª ed., 34.ª reimpresión, p. 99).

Asimismo, desde los primeros tiempos, fomentó entre los primeros habitantes no autóctonos de Brasil, la búsqueda casi obsesiva de la posesión de la tierra e incluso por convertirse en propietarios. Todo ello con el fin de asegurar la permanencia del inmigrante en el territorio recién descubierto y evitar que otros países le arrebatasen su conquista<sup>67</sup>, Portugal dividió Brasil en *Capitanías Hereditarias*, las cuales fueron legadas a distintos *Capitães* (casi verdaderos señores feudales), los cuales tenían bajo su responsabilidad mantener el dominio portugués.

A la par, concedió a los que se aventuraron a establecerse en la extensísima colonia, extensas parcelas de terreno denominadas *sesmarias*. Sin embargo, les impuso una condición resolutive, que consistía en la obligación de ocupar permanentemente y de mantener las tierras.

Obviamente, el modelo fracasó en algunos casos, pues no todos los concesionarios cumplieron con sus obligaciones jurídicas, de manera que muchas de las fincas se convirtieron en *res derelictae*, condición en la que permanecieron por años, hasta que volvieron a la corona en la condición de tierras *devolutas* (devueltas).

Resalto, en tercer lugar, que parte de la doctrina lusa, sostiene que Portugal estableció y ejecutó en sus dominios europeos, desde muy antiguo, políticas públicas de gestión del territorio urbanizado con el propósito de ordenar espacialmente sus ciudades. Asimismo, defiende que la concepción de muchas ciudades a partir de un plan morfológico mínimo fue una característica de la historia urbanística de Portugal, que planeó la expansión de sus ciudades<sup>68</sup>. Este hecho no se produjo espontáneamente, sino mediante la creación de las Academias de Fortificación e Ingeniería Militar y la adopción de un modelo urbanístico típicamente lusitano.

Empero, las diferentes teorías no llegan a un consenso a la hora de establecer si esa noción lusa de planeamiento de la ocupación de las ciudades, fue la que se adoptó en la construcción de las primeras poblaciones en Brasil. Una parte de los

---

<sup>67</sup> El territorio brasileño recién descubierto despertó el interés, sobre todo, de Holanda, de Francia y, por supuesto, de España.

<sup>68</sup> Vid. W. ROSSA, *A urbe e o traço, Uma década de estudo sobre o urbanismo português*, Almedina, Coimbra, 2002, p. 21.

historiadores afirma que, desde luego, no solo Portugal adoptó en Brasil un modelo de ocupación reglado y basado en un plan, sino que también afirma que, inclusive, las *vilas* y ciudades se parecían a las ciudades portuguesas proyectadas, tanto estética como espacialmente<sup>69</sup>. Es decir, para algunos estudiosos las primeras poblaciones no surgieron sin responder a un plan aparente, si bien es cierto que tampoco afirman con convicción que se careciese de toda espontaneidad de sus habitantes, en el cotidiano del desarrollo urbano.

Al comentar este tema y en apoyo de dichas ideas, ROSSA defiende que las poblaciones coloniales brasileñas más importantes fueron proyectadas siguiendo programas, métodos pragmáticos y los conceptos urbanísticos lusitanos fundamentales. Igualmente sostiene que esto singulariza la ocupación brasileña en comparación con la de las otras colonias portuguesas, aunque remarque que las poblaciones coloniales de Brasil también desarrollaron sus peculiaridades<sup>70</sup>.

Según entiende, ese mimetismo de lo portugués se produjo de tal manera, que, aun a día de hoy, es posible identificar sus principales elementos en varias ciudades, si bien es cierto que su crecimiento desenfrenado parezca haber borrado las características del urbanismo portugués en Brasil<sup>71</sup>.

A su vez, BUARQUE DE HOLANDA defiende una tesis diametralmente opuesta, en la que sostiene que la ocupación portuguesa en Brasil no se consolidó de manera planeada, sino que lo hizo completamente al azar. El autor afirmó que no se establecieron normas fijas, planeadas y coherentes, como ocurrió en las posesiones españolas, de modo que lo que imperó fue la voluntad de los ciudadanos en la construcción de los centros urbanos. Además, explica que justo por este mismo motivo, la morfología de las ciudades y *vilas* era completamente irregular e improvisada.

Subraya, igualmente, que incluso cuando hubo un intento de establecer un mínimo trazado, mediante un plan rectangular, sus disposiciones eran fácilmente

---

<sup>69</sup> Vid. W. ROSSA, *A urbe e o traço, Uma década de estudo sobre o urbanismo português*, cit. p. 27.

<sup>70</sup> Vid. W. ROSSA, *A urbe e o traço, Uma década de estudo sobre o urbanismo português*, cit., p. 29.

<sup>71</sup> Vid. W. ROSSA, *A urbe e o traço, Uma década de estudo sobre o urbanismo português*, cit., p. 28.

dejadas de lado con el fin de adaptarse a la topografía<sup>72</sup> y de favorecer intereses privados.

También justifica que la precariedad inicial de los centros urbanos fue resultado del hecho de que, en Brasil, se produjo una inmediata consolidación de una sociedad rural poderosa, amante de las riquezas fáciles, y que tan solo hacía uso de las ciudades como un escenario en el que exhibir su poder. En sus casas de las haciendas se reproducía fielmente una pequeña urbe, pues estaban provistas de los géneros alimenticios básicos, de escuela o tutores para los hijos del señor, de capilla propia, de cementerio, así como todos los otros elementos que, en Europa, eran partes constitutivas típicas de una ciudad<sup>73</sup>.

Tal escenario, afirma BUARQUE DE HOLANDA, generó por mucho tiempo ciudades con una débil estructura, precarias en su urbanización, repletas de ciudadanos que tan solo poseían «espíritu urbano», debido a que estaban subyugadas por el poder del *senhor de engenho*, denominación de los primeros terratenientes del Brasil colonial que, prácticamente, equivalía a un título nobiliario<sup>74</sup>. No había, por lo tanto, un espíritu conformador de la ocupación de la urbe, pues su relevancia era escasa.

En los casos en los que se concedió permiso, la ocupación y la urbanización se produjeron con lentitud, partiendo desde el litoral hacia los cursos altos de los grandes y caudalosos ríos y, también, hacia las tierras con abundancia de minas (siglo XVIII) y aptas para el cultivo (siglo XIX)<sup>75</sup>. Esto también se concretó de una manera improvisada, aunque a decir verdad, en la literatura al respecto se mencionan algunos centros urbanizados que se atuvieron a cierta conveniencia funcional y topográfica. Sin embargo, los partidarios de esta teoría subrayan que se dio el caso de la fundación y posterior reubicación de incontables ciudades, lo cual es indicativo de que lo que predominó fue la ausencia de planeamiento.

---

<sup>72</sup> Vid. S. BUARQUE DE HOLANDA, *As Raízes do Brasil*, cit., p. 109.

<sup>73</sup> Vid. BUARQUE DE HOLANDA, *As Raízes do Brasil*, cit., p. 81.

<sup>74</sup> Vid. S. BUARQUE DE HOLANDA, *As Raízes do Brasil*, cit., p. 89.

<sup>75</sup> Vid. M. MARX, *A Cidade Brasileira*, cit., p. 16 y sigs.

El carácter militar de la ocupación, al que MARX consideró como un intento planificador, tan solo se hizo realidad en la construcción de algunas ciudades en forma de acrópolis, y en su ubicación en puntos estratégicos del litoral<sup>76</sup>. Tal y como yo creo, esto no puede ser realmente denominado como una planificación de la ciudad, del mismo modo a como se concibe en la actualidad, por el hecho de que careció de ciertos elementos que le son esenciales. Creo que lo más apropiado es designarlo como una ocupación estratégica con propósitos específicos, en este caso, militares<sup>77</sup>.

Finalmente, hay una tercera línea de estudiosos que defiende que, durante los primeros tres siglos de existencia del país, es posible encontrar la creación de ciudades basadas en un proyecto bastante peculiar y diferenciado, por ejemplo, del proyecto adoptado en la América colonizada por España, lo que podría corroborar la tesis de la espontaneidad en la ocupación del territorio colonial<sup>78</sup>.

Evidentemente, para los propósitos de este estudio, no es necesario acometer la empresa de probar cuál es la teoría más acertada. Lo que realmente importa constatar es la falta de establecimiento en Brasil de una cultura de planeamiento de la ocupación del suelo urbanizado, lo que se comprueba fácilmente en los hechos.

Tanto es así, que la declaración de independencia de Brasil (1822) no fue suficiente para romper con las características lusas del tratamiento —o de la ausencia del mismo— del territorio. Es indiscutible que no me es desconocido que hubo ciudades que rápidamente asumieron forma de damero u otras que siguieron cierta linealidad, pero eso no garantizó que, a lo largo del tiempo, no cediesen ante la facilidad de someterse al tentador modelo del aglomerado medieval a través de todas las contribuciones informales de los vecinos.

---

<sup>76</sup> Vid. M. MARX, *A Cidade Brasileira*, cit., p. 20.

<sup>77</sup> Mi posición se justifica en el hecho de que concibo la planificación urbana como una parte del examen de los múltiples intereses vinculados a la ciudad (sociales, económicos, históricos, morfológicos y culturales, entre otros), en un intento de compaginarlos mediante el ejercicio de la ponderación, además de definir los objetivos a ser alcanzados. Es decir, el planeamiento abarca múltiples aspectos de la ciudad, de modo que no se centra en solo una finalidad, como ocurrió en las ciudades del litoral brasileño, en las que la ocupación tuvo un carácter preponderantemente militar y obedecía, únicamente, a una estrategia de defensa que desatendía los intereses de los habitantes.

<sup>78</sup> Vid. G. ROSSO DEL BRENNA, *Modelo Alternativo ou Variante? Reflexões sobre a «Regularidade relativa» de Algumas Cidades de Fundação Portuguesa*, IV Seminário de História da Cidade e Urbanismo, p. 415-418.

La República no cambió este panorama de desorden urbanístico, de un trazado lineal mínimo y de indefinición del perímetro de la urbe que se verifica en la mayoría de las ciudades, sobre todo, porque la influencia de la sociedad rural sobre ellas permaneció inalterable durante mucho tiempo.

También es obvio que no todo se construyó de esta manera. Se dio una situación diferente en las reducciones fundadas por los jesuitas, las cuales adoptaron un plan geométrico, una estudiada ubicación de las instituciones y la noción de ordenación urbana entonces en boga en las colonias españolas<sup>79</sup>. En cualquier caso, la experiencia de las reducciones no bastó para crear y diseminar una cultura de planificación de las ciudades.

También hay registros de muchas ciudades en las que se adoptó un modelo de ocupación del espacio urbanizado, de las que son ejemplos algunas capitales de las que en la época eran denominadas provincias, en las que preponderó un trazado reticulado con calles ortogonales y alineadas<sup>80</sup>.

La influencia rural fue tan importante, que durante cada una de las fases y cada uno de los cultivos preponderantes, se implantaron tipos de ciudades diferenciados, por ejemplo, la fase de las grandes haciendas cafeteras provocó una creación significativa de poblaciones, inaugurando y desarrollando velozmente una perspectiva urbanizadora que jamás ha perdido fuerza<sup>81</sup>.

En un sentido opuesto, durante la fase histórica inmediatamente posterior, (todavía en el siglo XVIII), la introducción en el contexto brasileño de los ferrocarriles, así como el inicio del proceso de industrialización consolidaron el abandono del medio rural rumbo a las ciudades, del manera análoga a como ocurrió en Europa, aunque a un ritmo más acelerado. El trazado de las ciudades se conformó en lo que MARX denominó como regularidad de conjunto, con formas redondeadas, manzanas definidas y una tipología de las edificaciones típicas de dicho período histórico —las mansiones (un

---

<sup>79</sup> Vid. S. BUARQUE DE HOLANDA, *As Raízes do Brasil*, cit., p. 98.

<sup>80</sup> Vid. M. MARX, *A Cidade Brasileira*, cit., p. 38.

<sup>81</sup> Vid. M. MARX, *A Cidade Brasileira*, cit., p. 36.

indicio de la posterior República), edificios multifamiliares (consolidación de la industrialización)—, aunque ello también ocasionó una monotonía estética<sup>82</sup>.

Como investigadora del Derecho que carece de toda pretensión de obtener eco en el campo de la técnica urbanística, entiendo que la planificación es una expresión de la actividad administrativa sistemática, ponderada y enfocada en el alcance de propósitos específicos, por lo que no puedo comprender que el sencillo establecimiento de directrices de ocupación del suelo urbanizado pueda ser asumido como un verdadero planeamiento urbanístico. Para mí consiste, exclusivamente, en lo que su propio nombre indica: en directrices; el planeamiento, tal y como mostraré a continuación, comporta un mayor significado.

En esta coyuntura, me parece cierta la teoría de MARX, según la cual, el pasado controvertido y desordenado de las ciudades brasileñas les legó como herencia una morfología irregular y un contorno indefinido, incluso en los casos en los que hubo cierta tendencia a la linealidad. Igualmente, basándome en el conocimiento empírico, también concuerdo con el autor cuando este advierte que las ciudades brasileñas han rechazado, a lo largo de su existencia, todos los esfuerzos por ordenarlas<sup>83</sup>.

En efecto, del mismo modo que MARX, entiendo que en las ciudades brasileñas «o desenho urbanístico atual – ou a sua falta – reflète, viva e claramente, uma maneira de conviver indisciplinada e condescendente, forjada nos tempos da colônia»<sup>84</sup>. En ellas, hay una carencia de espacios para el ejercicio de la ciudadanía, para la convivencia social y para que se perciban referentes claros de la cultura de la ciudad. Muy por el contrario, las ciudades brasileñas y su trazado se han visto sometidos, por largo tiempo, a la especulación inmobiliaria, mediante una acelerada parcelación de solares y construcción de urbanizaciones.

Para cerrar este tema, cabe destacar, desde un punto de vista jurídico, la doctrina que advierte que las normas de planeamiento urbano, cuando las hay, no se

---

<sup>82</sup> Vid. M. MARX, *A Cidade Brasileira*, cit., p. 36.

<sup>83</sup> Vid. M. MARX, *A Cidade Brasileira*, cit., p. 23.

<sup>84</sup> Vid. M. MARX, *A Cidade Brasileira*, cit., p. 24.



imponen con la fuerza necesaria para ser comprendidas, sino exclusivamente para que los ciudadanos las respeten o, lo que es más común, que las ignoren.

De hecho, como jamás se ha creado en Brasil una cultura del planeamiento urbano, de la organización social, ni siquiera una de naturaleza cartesiana, los brasileños somos reacios a la ordenación de la ciudad. Esto repercute, como no podría ser de otra manera, en la producción legislativa y en la actividad ejecutiva urbanística, tal y como se desarrollará más adelante.

## CAPÍTULO II

### LA GESTIÓN PÚBLICA DEL URBANISMO

#### 1. Consideraciones generales

Todo el estudio que he emprendido hasta este momento demuestra que la actuación del Estado en el contexto urbano es absolutamente necesaria, de modo que no es posible dejar que opere, únicamente, en función de las fuerzas sociales y económicas. De la misma forma, también es manifiesto que la técnica urbanística, o lo que es lo mismo, el urbanismo, es otro elemento de igual importancia para el desarrollo de la urbe.

Tal y como afirma ALVES CORREIA<sup>85</sup>, el urbanismo se puede concebir desde la óptica del hecho social, es decir, desde un punto de vista concreto, de suerte que exprese la consolidación del fenómeno ciudad, su expansión, la conversión de lo rural en urbano, la parcelación del suelo y las relaciones que de aquí redundan.

Asimismo, también se puede abordar con un criterio estrictamente técnico que contemple todas las formas de creación, estructuración, urbanización y desarrollo de las ciudades. Obviamente, en el curso de la historia de las ciudades, han surgido distintas técnicas urbanísticas, modelos de construcción y de contención de la explotación del suelo.

Como técnica, el urbanismo puede ser definido como la base de creación y desarrollo de las ciudades, el planeamiento de su expansión e, inclusive, de su concepción, cuando ella haya existido de modo previo a la construcción de la propia ciudad. En cuanto noción histórica, es posible especificarlo como «el proceso de construcción física y mental del espacio (aún en curso) que ejerce una fascinación que va mucho más allá de la mera curiosidad histórica y científica»<sup>86</sup>.

Desde otra perspectiva, con todo, BASSOLS COMA alerta:

---

<sup>85</sup> Vid. F. ALVES CORREIA, *O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade*, Almedina, Coimbra, 1989, p. 27.

<sup>86</sup> Vid. W. ROSSA, *A urbe e o traço, Uma década de estudo sobre o urbanismo português*, cit. p. 13.

«ante un predominio de las soluciones de orden eminentemente técnico que propugna fundamentalmente el Urbanismo, entendido como fórmula de actuación y de configuración de una realidad, el Derecho no puede limitarse a ser un mero y simple ropaje o instrumentación formal, sino debe aspirar a imprimir soluciones de justicia material y asegurar la realización de un Urbanismo congruente con las exigencias y necesidades comunitarias»<sup>87</sup>.

Justo por ello, el urbanismo se convirtió en el mecanismo estatal para la gestión del suelo de la ciudad. Ahora bien, el mismo, en cuanto técnica, jamás contó con la fuerza suficiente como para hacerse valer por sí mismo ante los ciudadanos. Los hechos sociales son más intensos, rápidos y eficaces en la modificación del suelo, lo que hizo que fuera el Derecho el que impusiera las disposiciones técnico-urbanísticas.

De ahí que desde una perspectiva estrictamente jurídica, el urbanismo consista en la función administrativa que establece reglas y métodos de uso, de ocupación y de desarrollo de la urbe, buscando el equilibrio en la ecuación población-territorio<sup>88</sup>. Es por este motivo por el que PAREJO ALFONSO afirma que el Derecho, al reglamentar el uso del suelo urbanizado, determina una verdadera restricción «de la inicial libertad de uso y transformación del propietario del suelo»<sup>89</sup> y, a mi juicio, impone una nueva era social que en muchos países todavía no se comprende y que aún está incompleta.<sup>90</sup>

A pesar de todos los significativos y no siempre positivos cambios que, ha experimentado el fenómeno urbano con el paso del tiempo, él se ha consolidado como

---

<sup>87</sup> Vid. M. BASSOLS COMA, *Génesis y evolución del Derecho Urbanístico Español (1812 – 1956)*, cit., p. 47/48.

<sup>88</sup> Vid. L. COSCULLUELA MONTANER, *Presupuestos Constitucionales de las competencias de ordenación urbanística*, en S. MARTIN-RETORTILLO BAQUER, *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Tomo IV, *Del Poder Judicial. Organización Territorial del Estado*, Civitas, Madrid, 1991, 1.ª ed. p. 3543.

<sup>89</sup> Vid. L. PAREJO ALFONSO, *Derecho Urbanístico Instituciones Básicas*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1986, p.7.

<sup>90</sup> Entre otras situaciones, constituyen buenos ejemplos de ello la omisión ante la desenfrenada expansión de las infraviviendas, el favorecimiento de la especulación inmobiliaria, el masivo y desregulado ejercicio del derecho a construir y la ausencia de control del crecimiento de las ciudades. Por ello, PARADA sostiene que el Derecho urbanístico debe servir como elemento que sirva de contrapeso, de manera que evite el exceso de construcción («la cementación del territorio»), controle el crecimiento y, a la vez, prevea compensaciones ante el derecho de urbanizar (vid. R. PARADA, *Derecho Administrativo III, Bienes Públicos y Derecho Urbanístico*, Marcial Pons, 2010, p. 262).

la más significativa forma de convivencia humana. De modo general, se puede afirmar que la noción de urbe ha evolucionado hasta transformarse en el centro alrededor del cual gravitan los más diversos intereses, las más controvertidas relaciones y en el que se practican actos de las más variadas consecuencias.

Por esta razón, el Derecho ha tenido que regular con mayor énfasis este sinfín de relaciones en aras de compaginar el interés colectivo y los distintos intereses individuales de explotación del suelo urbanizado, así como de viabilizar la convivencia social y distribuir de forma igualitaria los deberes que entraña la vida en la ciudad. Además, las acciones estatales de índole urbanística, al repercutir directamente en el Derecho a la propiedad, así como en todas las demás actividades que los ciudadanos realizan en la urbe, solo se puede imponer mediante la capacidad normativa del Estado.

Atento a esta realidad, BASSOLS COMA destaca «la importancia creciente de la juridicización del Urbanismo, a medida que el proceso de urbanización adquiere proporciones de mayor intensidad, dada la mayor complejidad con que se plantean los conflictos entre los intereses públicos y privados implicados»<sup>91</sup>. Asimismo, reconoce que un cierto protagonismo del Derecho Público en la conducción del proceso urbano, «dado que la proyección material del urbanismo requiere la presencia en todo caso de la Administración Pública no sólo como sujeto actuante, sino también como modulador de los conflictos individuales y colectivos que se suscitan»<sup>92</sup>.

## **2. Las primeras técnicas de ordenación del espacio urbano**

Al contrastar las ideas de ciudad ideal y ciudad real, ARGAN recordó que la ciudad es una institución inmersa en un continuo proceso de transformación, tal y como he intentado demostrar en los puntos anteriores. Al abundar en este mismo razonamiento, el cual no es nuevo en absoluto, aunque no por ello deje de perder importancia, lo ilustró invocando un significativo lienzo de LORENZETTI, en el que la ciudad se representa no como algo construido, listo, acabado, sino en permanente

---

<sup>91</sup> Vid. M. BASSOLS COMA, *Génesis y evolución del Derecho Urbanístico Español (1812 – 1956)*, cit., p. 5.

<sup>92</sup> Vid. M. BASSOLS COMA, *Génesis y evolución del Derecho Urbanístico Español (1812 – 1956)*, cit., p. 51.

construcción. A la par, el autor destacó que los diferentes productos que han gozado de la preferencia de cada modelo de ciudad a lo largo del tiempo, no siempre han desaparecido por completo tras la adopción de un nuevo modelo, sino que solo se han convertido o adaptado para atender a las características de cada época, particularmente, para atender las estructuras sociales y económicas vigentes<sup>93</sup>.

En este contexto, es interesante abordar, aunque sea brevemente y desde una perspectiva actual, como han evolucionado las técnicas urbanísticas para poder entender lo que defenderé con posterioridad en lo relativo al control del planeamiento urbanístico. Si como he afirmado anteriormente, las ciudades siempre han estado bajo la influencia de los cambios histórico-sociales y si como hoy en día se admite, deben poseer un trazado racional, utilitario y estético, se puede afirmar de modo muy somero que la técnica capaz de proporcionarlo también ha sufrido la influencia de los cambios históricos.

Antes de abordar esta cuestión y para cumplir con una finalidad metodológica, quiero aclarar que, al igual que ALVES CORREIA<sup>94</sup>, entiendo que las técnicas de planeamiento urbanístico consisten en los modelos conceptuales de ciudad, en los medios para su concreción, así como en los instrumentos urbanísticos disponibles. Por consiguiente, comparto su opinión respecto a que no se pueden confundir las técnicas urbanísticas con las formas jurídicas conducentes a la imposición del planeamiento urbanístico.

A mi juicio, las técnicas de planeamiento urbanístico no son un producto jurídico, sino, exclusivamente, un producto que resulta de la labor de los urbanistas. A ellos les compete la recopilación de datos, la ponderación y compaginación de intereses, la creación de soluciones y, por último, la elaboración de un modelo eminentemente técnico capaz de dar respuesta al panorama social vigente.

Ni que decir tiene que una vez finalizados los estudios urbanísticos y tras la elección del modelo de planeamiento, les cabe al Derecho y a sus técnicos la juridificación y el establecimiento de los medios para imponer dicho modelo. Por este

---

<sup>93</sup> Vid. G. C. ARGAN, *História da Arte como História da Cidade*, cit., p. 74, 75 y 76.

<sup>94</sup> Vid. F. ALVES CORREIA, *O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade*, cit., p. 33.

motivo y sin dejar de respetar otras posiciones doctrinales discrepantes, en este trabajo no considero que los medios jurídicos para el establecimiento de las directrices urbanísticas sean un ejemplo de técnica de planeamiento urbano, tal y como sostiene un sector de la doctrina<sup>95</sup>.

Sin abandonar la metodología adoptada anteriormente en el presente trabajo y con el ánimo de hacer un breve esbozo del marco histórico que no acabe por agotar al lector, creo pertinente rescatar parte de la historia del urbanismo occidental moderno, si bien no se puede olvidar el singular ejemplo que nos dejaron tanto Grecia como Roma.

Entre los siglos X y XV, los registros históricos revelan que muchas de las ciudades estaban compuestas por un cuerpo compacto, amurallado, surgido de las necesidades y demandas de sus habitantes, con una disposición de las vías públicas que daba respuesta a dichas exigencias. Su trazado, por lo tanto, era irregular, espontáneo y readaptado sistemáticamente sin obedecer a ninguna idea de conjunto<sup>96</sup>. De todos modos y sin llegar a constituirse como norma, sí que se identifican en aquel período algunas ciudades cuyos trazados fueron planeados con antelación y que respondían a lógicas geométricas, aunque aun así, obedecían a un sentido más orgánico, sin una finalidad predefinida<sup>97</sup>.

El Medievo determinó una reorganización de la urbe dentro de las murallas, apelando, de cierta manera, a la geometría, aunque sin modificar la estructura general hasta entonces conocida<sup>98</sup>. El periodo histórico subsiguiente sí que fue verdaderamente significativo. En el mismo se produce el apogeo de los grandes Estados, la consolidación de los municipios y la supremacía del monarca, novedades que determinaron una nueva estructura política que comportó la creación de la capital, la

---

<sup>95</sup> Constituyen ejemplos de ello: E. GARCÍA DE ENTERRÍA y L. PAREJO ALFONSO (vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y L. PAREJO ALFONSO, *Lecciones de Derecho Urbanístico*, 1979, p. 32 y 34.

<sup>96</sup> Vid. G. ALOMAR ESTEVE, *Teoría de la Ciudad. Ideas fundamentales para un urbanismo humanista*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1949, p. 84.

<sup>97</sup> Vid. L. MUMFORD, *A cidade na história, suas origens, transformações e perspectivas*, cit., p. 329. El autor sostiene que el planeamiento orgánico se centró en el atendimento de necesidades puntuales y estuvo fuertemente dictado por las conveniencias.

<sup>98</sup> Vid. F. CHUECA GOITIA, *Uma Breve História do Urbanismo*, cit., p. 108. MUMFORD afirmó sobre ello que en el Medievo las ciudades eran preponderantemente informales dado que su ubicación se establecía en lugares rocosos propicios para su defensa (vid. L. MUMFORD, *A Cidade na História, suas Origens, Transformações e Perspectivas*, cit., p. 328-329).

ciudad donde se ejercía el poder y en la que la corte se instaló<sup>99</sup>. Posteriormente, el Barroco contribuyó con la noción del arte y la estética y también del militarismo, con la apertura de amplias calles apropiadas para los desfiles militares.

Definitivamente, es en este período en el que se consolidó la idea de que la expansión de las ciudades debía hacerse a partir de un mínimo planeamiento, sus calles debían soportar las necesidades de paso de los carruajes, así como de otros medios de transporte, razones por las que su trazado debía lo más regular que fuera posible.

Sin embargo, ALOMAR ESTEVE afirma que la primera expresión formal del urbanismo se originó en la Francia napoleónica, específicamente, en la época de Napoleón I. Este urbanismo se caracterizó por las reformas monumentales llevadas a efecto en algunas ciudades, entre ellas, París. Tal y como señala el autor, esta misma ciudad sufrió con posterioridad una importante reforma urbana durante el gobierno de Napoleón III, que estuvo a cargo del BARÓN DE HAUSSMANN<sup>100</sup>.

Como es lógico, el modelo medieval, que no siempre partió de una idea preconcebida de la urbe, coexistió a lo largo del tiempo con el modelo barroco, que consolidó la técnica e introdujo monumentalidad, paseos y anchas calles. De todos modos, con la Revolución Industrial y la máquina de vapor se sumaron ciertos componentes sociales.

En efecto, como afirma CHUECA GOITIA, la Revolución Industrial supuso no solo la industrialización de la urbe, sino también una revolución de la agricultura, de los medios de transporte y comunicación y en último lugar, de las ideas sociales y económicas. Las ciudades se caracterizaron por la concentración de masas de obreros alrededor de las industrias; sin embargo, las clases más altas pasaron a residir en barrios

---

<sup>99</sup> Vid. G. ALOMAR ESTEVE, *Teoría de la Ciudad. Ideas fundamentales para un urbanismo humanista*, cit., p. 86.

<sup>100</sup> Vid. G. ALOMAR ESTEVE, *Teoría de la Ciudad. Ideas fundamentales para un urbanismo humanista*, cit., p. 87. LORA-TAMAYO VALLVÉ efectúa un excelente análisis desde un punto de vista marcadamente jurídico, del modelo urbanístico francés consolidado por HAUSSMANN. Dicha autora severa, en suma, que a pesar de carecer de metodología y de un efectivo plan, la política haussmanniana fue «eficaz y altamente resolutive; una política que supo anteponer el interés general (o el de su Administración, según como se mire) al de la propiedad privada por encima de todo». Esto resultó, según evalúa, en «una nueva manera de hacer ciudad, un nuevo modelo urbanístico» (vid. M. LORA-TAMAYO VALLVÉ, *Urbanismo de Obra pública y Derecho a Urbanizar*, Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 42).

aislados, cuya ordenación urbana y condiciones sanitarias eran mejores, circunstancia que acentuó el *social apartheid*, de lo que constituye un remarcable ejemplo lo que ocurrió en São Paulo, en el siglo XIX<sup>101</sup>.

Además, algunos inventos, tales como la *jenny* y el *flyshuttle*, introdujeron nuevas actividades dentro de las residencias campesinas de las zonas de producción de lana y algodón, lo que supuso la adopción de un modelo en el que el uso residencial coexistía con la actividad productiva<sup>102</sup>.

En aquellas fechas, una de las primeras manifestaciones de técnica urbanística fue la alineación, mediante la cual se establecía una línea delimitadora de las zonas *aedificandi* y *non aedificandi*, se definían las calles, los espacios públicos, las plazas, las vías de circulación. Según algunos autores<sup>103</sup>, este modelo supuso una de las primeras intervenciones administrativas en materia de *jus aedificandi* y continúa siendo utilizada en la actualidad, si bien es cierto que en combinación con otras técnicas más modernas.

Las ciudades, una vez desprovistas de sus murallas y con unas nuevas demandas sociales, necesitaban reformar su interior y expandirse. Ello fue el origen de otras dos técnicas urbanísticas: el ensanche, que consistía en el derribo de las murallas y la creación de nuevos barrios junto al casco antiguo<sup>104</sup>, y la reforma interior, técnica consistente en la eliminación de barrios antiguos que planteaban problemas, la apertura de nuevas vías de circulación y el establecimiento de nuevos barrios dotados de mejoras urbanísticas, lo que obedecía a un plan previamente establecido.

---

<sup>101</sup> Parece ser que, en el siglo XIX, São Paulo fue dividida de manera intencionada en diferentes regiones reservadas, respectivamente, a las familias tradicionales y aristocráticas cuyo medio de vida provenía del apogeo agrícola, a los exesclavos y, por último, a los inmigrantes procedentes de toda Europa y, mucho después, de Asia. Precisamente por este motivo, aún es posible identificar hasta el día de hoy, regiones que están habitadas, predominantemente, por descendientes de italianos, de alemanes o de japoneses, claramente delimitadas con relación a otros barrios de la ciudad y en donde los mercados sirven como espacio de encuentro.

<sup>102</sup> Vid. L. BENEVOLO, *As origens da urbanística moderna*, cit., p. 15. *Jenny* y *flyshuttle* son las respectivas denominaciones de una hiladora y un instrumento textil para telares, que, en ambos casos, permitían el trabajo en solitario de un único operario.

<sup>103</sup> Entre ellos, vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y L. PAREJO ALFONSO, *Lecciones de Derecho Urbanístico*, cit., p. 31, vid. F. ALVES CORREIA, *O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade*, cit., p. 34.

<sup>104</sup> Vid. A. CARCELLER FERNÁNDEZ, *Instituciones de Derecho Urbanístico*, Montecorvo, Madrid, 1991, 5.ª ed., p. 34.



En España, país donde esta técnica fue muy utilizada, los más simbólicos ejemplos son el Plan Castro (Madrid – 1860) y el Plan Cerdá (Barcelona–1859) y sus efectos prácticos son remarcables en la historia del urbanismo contemporáneo<sup>105</sup>. No obstante, la complejidad de tal técnica era evidente, ya que se desarrollaba en un territorio previamente ocupado y por lo tanto, con unos solares cuyas dimensiones obedecían al primitivo trazado de la ciudad y, posteriormente, que afectaba a derechos consolidados, lo cual determinó expropiaciones sistemáticas, la reordenación de solares, indemnizaciones y, también, obras de urbanización<sup>106</sup>.

ALVES CORREIA, al hacer una evaluación del desarrollo urbano desde una perspectiva actual, afirma que la demolición sistemática de barrios y construcciones antiguas con el objeto de modernizar grandes áreas urbanas no tiene mucha aceptación en la actualidad, a causa de las modernas teorías sobre la conservación del patrimonio cultural e histórico<sup>107</sup>.

También en la segunda mitad del siglo XIX, la zonificación, o *zoning*, ideada por el alemán JOSEPH STÜBBEN surgió como una técnica urbanística que tiene como guía el concepto de funcionalidad y en la que el plan divide el territorio de la ciudad en zonas, fijando la utilización específica, exclusiva o no, de cada una de ellas. De este modo, se establecen, básicamente, zonas residenciales, industriales, comerciales, institucionales y en cada una de ellas, se determinan usos aún más específicos.

Los efectos del empleo de tal técnica sobre la propiedad inmobiliaria son bastante más significativos que los de las otras a las que he hecho alusión con anterioridad. Esto se debe a que el plan no establece solamente la zonificación; sino que también fija el aprovechamiento urbano que aplica a cada parcela de suelo, o sea, determina las facultades urbanísticas que le tocan a cada propietario, invirtiendo el

---

<sup>105</sup> LORA-TAMAYO VALLVÉ destaca sobre Cerdà que representa el primer pensador del urbanismo, cuya labor fue «la búsqueda de soluciones viables a los problemas de la España decimonónica» (*vid.* M. LORA-TAMAYO VALLVÉ, *Urbanismo de Obra pública y Derecho a Urbanizar*, cit., p. 41).

<sup>106</sup> *Vid.* E. GARCÍA DE ENTERRÍA y L. PAREJO ALFONSO, *Lecciones de Derecho Urbanístico*, cit. p. 35.

<sup>107</sup> *Vid.* F. ALVES CORREIA, *O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade*, cit. p. 35.

orden hasta entonces admitido, según el cual el propietario tenía plena libertad de utilización de su parcela de suelo<sup>108</sup>.

Otra técnica que ganó importancia en dicho siglo fue las *Garden Cities*, como decidió denominarlas su idealizador, EBENEZER HOWARD. En líneas generales, suponía un planeamiento de las ciudades que se guiaba por una perfecta integración entre lo urbano y lo rural. En estas nuevas ciudades, la armonización del ambiente se propiciaba por medio de la integración de las mejores aportaciones de los entornos urbano y rural, de manera que cada uno de ellos contribuía a la creación de un ambiente final de bienestar.

Como afirman GARCÍA DE ENTERRÍA y PAREJO ALFONSO, desde un punto de vista estrictamente jurídico, esta técnica urbanística contribuyó a la consolidación de importantes elementos de la disciplina urbanística contemporánea. Entre ellos, destacan el entendimiento de que es el plan urbanístico el responsable de conceder las facultades urbanísticas y, también, de que dicho plan obliga a todos por igual. Además, consolidó la idea de que el propietario no dispone del poder de edificación, siendo posible la existencia de áreas *non aedificandi*.

Una contribución típicamente española, propugnada por SORIA y MATA, fue la ciudad lineal, modelo que, en términos muy generales, consistía en la ordenación de la estructura urbana alrededor de una vía de transporte. La ciudad toda se estructuraba de manera que hubiera un fácil y rápido acceso a la movilidad urbana desde cualquier punto de su territorio, lo que determinó un modelo de ciudad de poca anchura y, en potencia, muy alargada.

De los países anglosajones proviene la técnica denominada «regionalismo urbanístico», de autoría de GEDDES (Escocia), la cual se asienta en la idea de que el territorio de una ciudad debe ser tratado en toda su integridad. Es decir, el urbanismo debe contemplar tanto el espacio urbano como el rural. Inclusive, va aún más allá cuando sostiene que la necesidad de ordenamiento podrá, en algunos casos, asumir tal

---

<sup>108</sup> Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y L. PAREJO ALFONSO, *Lecciones de Derecho Urbanístico*, cit., p. 37.

amplitud que implique la necesidad de superar los límites municipales, estableciéndose una perspectiva regional o macrourbana.<sup>109</sup>

La técnica del plan urbanístico, a su vez, es considerada por muchos como el modelo fundamental de la urbanística contemporánea, dado que compagina muchas de las técnicas que le precedieron, tal y como aclara ALVES CORREIA<sup>110</sup>. Es la sofisticación de todo un sistema pues se basa en el plan como instrumento de programación urbanística que se vuelca en un modelo totalmente racional de ciudad.

Es evidente que una reflexión más profunda demuestra que este modelo, en sí mismo, no era inédito, pero al aliarse con el funcionalismo racionalista propugnado por la escuela del suizo LE CORBUSIER, determinó las bases un nuevo urbanismo que tenía en cuenta las funciones básicas de la ciudad contenidas en la primera Carta de Atenas (1933): vivienda, trabajo, esparcimiento y circulación. Los críticos a este modelo censuran el carácter utópico del que fue revestido, el gigantismo de las obras y la desenfundada verticalización de las viviendas, lo que provocó la eliminación de las áreas de convivencia social, la destrucción de la naturaleza y de la memoria cultural<sup>111</sup>.

A su vez, la técnica inglesa de las nuevas ciudades o *new towns*, se fundamentaba en la creación de ciudades a partir de un proyecto integral, característica

---

<sup>109</sup> Vid. F. ALVES CORREIA, *O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade*, cit., p.41.

<sup>110</sup> Vid. F. ALVES CORREIA, *O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade*, cit., p.41.

<sup>111</sup> En mi opinión, esta vinculación tan estrecha con el funcionalismo y la necesidad de imprimir un carácter racional a todas las elecciones urbanísticas, haciendo del plan un instrumento tan abstracto como repleto de propósitos inalcanzables, despojó a la ciudad de su componente más importante: su *ánima*. Me parece que cuando todo está completamente programado, sin que haya oportunidad para las manifestaciones espontáneas y genuinas, la ciudad se aleja de su propia esencia y se convierte en otro conjunto más de reglas. Por supuesto que no defiendo que una ciudad producto de la improvisación, sino todo lo contrario, ya que estoy a favor de la necesidad de un planeamiento y en los casos en los que el mismo no exista en el proceso de concepción de la ciudad, es deseable que, al menos, esté presente en su expansión y desarrollo. En cualquier caso, no me parece ni posible ni aceptable que el Estado impida que los ciudadanos puedan actuar espontáneamente, aunque sea mínimamente, y contribuir al proceso de formación del medio ambiente urbano. Lo que quiero decir es que el hecho de que el desarrollo de la ciudad ya no pueda continuar al margen de la noción del planeamiento urbano, no tiene por qué significar que tenga que asumir tal nivel de abstracción que resulte incomprensible para sus habitantes, inoperante para sus gobernantes e incluso de difícil concreción para los técnicos urbanistas. Solo quien haya vivido en una ciudad creada sobre la base de los principios del racionalismo empírico puede atestiguar lo anticonvencional que resulta no tener unas vías públicas adecuadas para el transporte público, lo perjudicial que es la zonificación llevada hasta sus últimas consecuencias (tanto para el ciudadano como para el mercado), lo solitario que es residir en manzanas repletas de edificios y totalmente carentes de estructuras comunes que faciliten la práctica de la convivencia. El predominio de la técnica acaba con el *ánima*, el excesivo racionalismo apaga la vida.

que las distinguió de las demás ciudades creadas hasta entonces. En efecto, tal modelo se basaba en la descentralización de los intereses, descongestionando el medio urbano ya existente<sup>112</sup>.

### **3. La intervención pública en el plan de reconstrucción y reformulación de la ciudad**

La intervención estatal en las urbes no tuvo su exclusiva razón de ser en el desenfrenado desarrollo y los problemas que ello conllevó. Muchas ciudades occidentales vieron como parte de su territorio quedaba destruido por diferentes desastres naturales, lo que además de provocar una situación caótica, también supuso una oportunidad. Esto se debió a que, en ciertas circunstancias, la intervención estatal se volcó en la reconstrucción a partir de un plan, de los lugares damnificados.

Esta tarea contempló la introducción de mejoras urbanísticas que cambiaron la historia de la ordenación urbana. En efecto, una rápida mirada hacia el urbanismo contemporáneo muestra nuevas y complejas estructuras urbanas, cambios en el trazado de las vías y la intención de alcanzar propósitos de más entidad.

Un ejemplo ilustrativo de ello es el de Lisboa, ciudad que tras resultar parcialmente destruida por un terremoto que, a su vez, produjo un gran incendio, vio como durante su reconstrucción su concepción original sufría alteraciones con el propósito de proceder a la introducción de nuevas calles, amplias avenidas, edificios dotados con lo que se pueden considerar los primeros sistemas de protección antisísmica y, por último, un conjunto urbano de trazado bastante lineal.

En este mismo periodo, es posible detectar la tendencia a utilizar los instrumentos o a justificar el acometimiento de una ordenación urbana para el logro de propósitos en múltiples áreas de actuación, de lo cual es un claro ejemplo la reformulación de París concebida por el BARÓN DE HAUSSMANN. Más que imponer la modernización del trazado urbano de la ciudad, y solo por citar algunos de sus aspectos

---

<sup>112</sup> Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y L. PAREJO ALFONSO, *Lecciones de Derecho Urbanístico*, cit., p. 45-48.

positivos, el plan introdujo mejoras en los equipamientos urbanos, en los servicios públicos y en los patrones estéticos.

Ahora bien, al mismo tiempo, la proyección de sus anchas avenidas respondía a la necesidad de albergar paradas militares, del mismo modo, la convergencia en el Arco del Triunfo de las doce principales avenidas pretendía facilitar el control policial de las multitudes, en aquellas fechas, muy aguerridas.

Estos dos ejemplos de Lisboa y París demuestran una preocupación estatal por una urbanización planeada cuyos resultados estuvieran preestablecidos, lo que contrasta con lo que he afirmado anteriormente acerca de algunas ciudades en las que se dio una intensa industrialización y en las que preponderaron las actuaciones estatales de índole meramente correctiva.

Conforme a lo que he afirmado anteriormente, es posible notar que, los desarrollos tanto del urbanismo de contención como del urbanismo de expansión o reconstrucción planeada han coexistido en la historia reciente<sup>113</sup>. Ellos no han sido excluyentes entre sí, sino que, por el contrario, propiciaron el desembarco del Estado, de un modo cada vez más rotundo, en el día a día de la urbe.

#### **4. Una mirada crítica a los antecedentes**

La tarea de haberme detenido en el análisis desde una perspectiva urbanística, de los acontecimientos históricos que inspiraron la ciudad y su relación con el Estado no es en vano. Todos los hechos mencionados hasta el momento constituyen antecedentes lógicos de la actual noción de planeamiento urbano y, al abordarlos, mi afán ha sido el de demostrar que cualquiera que fuera la conformación de la organización social, siempre ha existido un centro de poder político capaz de imponerse a los ciudadanos, determinando la morfología urbana y dictando lo que en su seno está permitido o vedado.

---

<sup>113</sup> Estas dos denominaciones no se basan en referencias técnicas, sino en convicciones personales que formulé para mi propio uso mientras redactaba el presente trabajo.

Es más, en algunos momentos, el poder, ante la llegada de nuevos retos y con el fin de reforzarse y perpetuar la dominación, ha gestionado el espacio urbano con el fin de adecuarlo a sus propósitos de dominación, independientemente del sentimiento de la comunidad.

En efecto, si las primeras poblaciones privilegiaban valores colectivos y el interés común como forma de mantenimiento del equilibrio social, con el paso del tiempo, a medida que el Estado Moderno se consolidaba como poder político, la espontaneidad a la hora de constituir el espacio urbanizado desapareció paulatinamente. Esto fue determinante para una nueva concepción del uso del suelo urbanizado volcada en el logro de propósitos específicos y, por lo tanto, planeados, tal y como ocurrió durante el militarismo dominante en la Alta Edad Media y, también, en el Barroco del siglo XVII.

Por el contrario, el abstencionismo del Estado respecto al tratamiento de las cuestiones sociales, así como la completa carencia de un planeamiento en el desarrollo urbano que se verifica durante el liberalismo del siglo XIX, confirma cuan necesarios son la reglamentación y el planeamiento del uso y ocupación del espacio urbanizado.

Además, he intentado aclarar que el desarrollo social hizo que el centro de las decisiones fundamentales sobre la ciudad asumiera un papel preponderante en la regulación de la convivencia ciudadana. Dentro de esta tesitura, me parece evidente el acierto de la tesis de KORN<sup>114</sup>, según la cual, el fenómeno ciudad ha sido la cuna del Estado Moderno, no solo por la inicial identidad ciudad-centro de poder político, sino también y precisamente, por la reunión de fuerzas que la comunidad urbana supone y, asimismo, por la emergencia de un poder político capaz de tomar las decisiones urbanísticas fundamentales que la ciudad exige.

Por añadidura, entiendo que también es correcta la tesis de PREDIERI que sostiene que, en la Edad Moderna, la planificación respondió a criterios militares. Esto se puede comprobar en el hecho de que durante el Medievo, la morfología de las ciudades amuralladas sufrió una especie de reurbanización para privilegiar los aspectos

---

<sup>114</sup> Vid. A. KORN, *History builds the town*, cit., p. 7

defensivos. Además, como no podría ser de otra manera, los criterios usados en este periodo para la conquista y ocupación de nuevos territorios obedecieron, exclusivamente, a razones militares.

Inclusive, mi análisis confirma la afirmación de PREDIERI, según la cual, la urbanística moderna siempre ha estado asociada a una mínima noción de planeamiento, de establecimiento de directrices para el desarrollo de la ciudad. Obviamente, tal concepción no era tan sofisticada como lo es en el presente, ni estaba asociada tan estrechamente a la técnica. Tampoco resultaba en un plan urbanístico tal y como lo concebimos hoy, con sus principios, instrumentos y métodos de actuación.

He de decir que tras esta somera revisión histórica, no me cabe ninguna duda acerca de dicha vinculación tanto en el pasado como en épocas más recientes, dado que cualquiera que haya sido la naturaleza del centro de decisión política, su poder ha determinado la conducción del desarrollo o de la contención urbana, inclusive, en los periodos históricos en los que los ciudadanos podían actuar con mayor espontaneidad en la composición del espacio urbano.

A esta variación de los cometidos del centro de poder político le han correspondido diversos ajustes de la sociedad en la manera de explotar el medio urbanizado. Por lo expuesto hasta ahora, el panorama de control de las actividades urbanas ha experimentado importantes oscilaciones, desde la Edad Media hasta la actualidad. Por un lado, si en ciertos momentos el poder político simplemente exigió la colaboración de los ciudadanos (como por ejemplo en las tareas de mantenimiento de las murallas), por otro, con posterioridad, les impuso exigencias de toda índole, las cuales ya estaban fundamentadas en el poder de dominación. Esta dominación determinó el pago de tributos, la adecuación de las actividades o la contención de la ocupación del suelo y culminó con el establecimiento de la conformación de las edificaciones.

Por otro lado, la imposición de la separación social en estamentos, la definición de lo que era urbanísticamente considerado bello y aceptable, así como la elección de una morfología para atender propósitos alejados de los intereses de la comunidad típicos en el Barroco, prueba la utilización de la urbe como medio de

sostenimiento de los intereses del poder dominante. Esto se puede verificar, inclusive, en la Francia napoleónica, cuna de una de las revoluciones más significativas de la historia y durante el que se llevó a cabo la reurbanización capitaneada por HAUSSMAN.

La operatividad de todo ello se garantiza por medio de un plan, de la proyección de la manera como debía actuar el administrador y de lo que podía exigir de sus administrados para el logro de una cierta finalidad, aunque no se tuvieran en consideración ni los valores reconocidos por la sociedad ni los procesos sociales.

Sin embargo, el análisis también pone de manifiesto que, por lo general, el liberalismo económico, el cual tiene lugar desde el exacto momento en el que surge la ciudad industrial, conllevó el inmediato abandono por parte del poder político del control de las actividades urbanas ejercido hasta entonces. El sentido del planeamiento y de la ordenación del espacio urbano desapareció en beneficio de la especulación del mercado, lo cual produjo unos efectos desastrosos.

Es obvio que, como suele acontecer con todo fenómeno social, hubo excepciones. No obstante, los ejemplos del caos urbanístico típico de la ciudad industrial fueron tan numerosos, que dicha característica se convirtió en marca indeleble de ese período histórico. Consecuentemente, no es casual que la primera forma de intervención (aunque no de recuperación del control) consistió en la adopción de medidas de tipo administrativo-sanitarias. De modo análogo, tampoco es una coincidencia que ellas produjeron un impacto en la organización del espacio urbanizado. Al tomar en conjunto todos estos hechos, puedo afirmar con seguridad que tales intervenciones de naturaleza sanitaria legitimaron al Estado a retomar la tarea de organizar la ocupación y el uso del espacio urbanizado

Según juzgo, la intervención que el Estado prestó a la ciudad, el cual es verificable a partir de mediados del siglo XIX y que se centra en cuestiones sanitarias, confirmó la vocación por el ordenamiento de las ciudades. Sobre este punto hay que destacar que el somero repaso histórico ratifica esta vocación y, también, perpetua el urbanismo como una función pública, al demostrar que no es posible dejar la ordenación urbana en manos del mercado, dado que su forma de regularse no suele privilegiar los valores más esenciales de la sociedad.



En cualquier caso, esta función pública demanda del Estado, como pocas otras lo hacen, una manera jurídica de actuar propia e intachable: esto es así dada la gran huella que el planeamiento deja tanto en la vida ciudadana como en el seno social, al crear culturas y realidades concretas y tener consecuencias sobre derechos muy significativos, tal y como examinaré a continuación.

Una vez hechas estas consideraciones, aclaro que el esfuerzo emprendido hasta este punto, consistente en una breve recopilación de los procesos por los cuales ha pasado el fenómeno social urbano, hasta atravesar el umbral de la época actual, ha tenido la finalidad de demostrar que las ciudades contemporáneas, ya sean aquellas que han sobrevivido a las revoluciones, o las que las impulsaron, se han desarrollado en un universo de cumplimiento de expectativas predominantemente privadas y de agotamiento de las mismas.

De la misma manera, es posible percibir que sus patrimonios ambiental, histórico y social también han sufrido un expresivo desgaste, lo que ha expuesto al medio urbano a un considerable nivel de degradación. En efecto, en cuanto espacio de cohabitación urbana, la ciudad se ha alejado de la sencilla convivencia e intercambio típicos de la aldea, adquiriendo nuevas funciones y dando paso a la creatividad de sus habitantes y a las manifestaciones que de aquí se derivan.

Vistas las cosas desde otra perspectiva, la ciudad ha estimulado el incremento y el desarrollo de muchas capacidades humanas, lo que la ha dejado la impronta de la complejidad<sup>115</sup> y ha provocado un cuadro de colapso de sus funciones. Si fijamos la mirada en la situación de las superpobladas ciudades de Asia o Latinoamérica, este colapso al que me refiero es una conclusión que no puede ser tomada como una exageración.

Dicha situación ha hecho que, en tiempos muy recientes, desde diversas disciplinas se haya propugnado, por un lado, la importancia de la preservación de los registros de los que están imbuidos los lugares históricos y los monumentos que forman

---

<sup>115</sup> Vid. L. REISSMAN, *El proceso urbano, Las ciudades en las sociedades industriales*, cit., p. 9.

parte de algunas urbes, así como del mantenimiento de un referencial para los ciudadanos y, también, de una adecuación de lo que hoy en día existe, a lo que en teoría debería existir.

Por otro lado, el propio rumbo que ha adoptado la sociedad en su forma de desarrollo ha sido determinante para el surgimiento y propagación del reconocimiento por parte de distintas ramas del saber, de que el suelo es un recurso natural agotable y escaso. A partir de este reconocimiento, se aboga por la idea de que no es posible que se produzca una urbanización desenfrenada y carente de planeamiento sobre el suelo de la urbe y, del mismo modo, también ha ganado fuerza la constatación de los males causados por una explotación medioambiental desmesurada y sin ordenación alguna.

Tras la corroboración del casi total agotamiento al que se han visto abocados los núcleos urbanos, hecho que demuestra que la sociedad no tiene autocontrol en la explotación la urbe, ha brotado la conciencia acerca de la importancia del control del uso del suelo. Esta intervención ha mostrado desde su inicio dos facetas: el favorecimiento de una coyuntura en la que todos consigan utilizarlo en igualdad de condiciones, de modo que el ejercicio del derecho de unos no implique la exclusión de los derechos de muchos otros, y, sobre todo, la preservación de la ciudad frente a las actividades predatorias de los ciudadanos. Esto legitima la actuación estatal en el afán de contener lo que MUMFORD denominó como fuerzas internas autodestructivas<sup>116</sup>.

Del mismo modo, se ha constatado que también hay que establecer un control de las actividades desarrolladas por la sociedad en el territorio urbano, con el fin de viabilizar la salubridad pública, de preservar el patrimonio histórico existente en muchos lugares, de impulsar ciertos sectores económicos y de evitar el caos urbano. Siempre de acuerdo con el mismo autor, todo ello, sin reducir ni la creatividad ni la expresión individual ni tampoco el dialogo urbano o la contraposición de ideas, es decir, sin anular las funciones características de la ciudad.

Esto ha supuesto una ordenación urbana muy distinta de la meramente clerical, monárquica o institucional que se llevó a efecto en el pasado y que he analizado

---

<sup>116</sup> Vid. L. MUMFORD, *A Cidade na História, suas Origens, Transformações e Perspectivas*, cit., p. 63.

con anterioridad. Resultó imprescindible redefinir la noción de orden y de racionalidad de la convivencia social, panorama que ha propiciado que el urbanismo cobre importancia como técnica y como instrumento de actuación estatal.

De manera simultánea, el papel del Estado se fue perfilando poco a poco, de modo que le cupo identificar de qué manera debía ejercer los cometidos inherentes a la función de control del uso y la ocupación del suelo urbano. Tal y como seguiré exponiendo, fue la nueva estructura estatal que nació en aquellas fechas, la que ofreció una fácil respuesta a este interrogante.

## 5. Conclusiones preliminares

Este resumido periplo por la historia de las ciudades ha tenido como objetivo verificar cuál es el escenario social sobre el que se proyecta la función estatal de ordenación del uso del suelo urbano. En definitiva, la conclusión que extraigo a partir de esta sencilla exposición es que Estado, urbanismo y ciudad son hoy en día, conceptos que se entrelazan en la tarea de satisfacer el bien común.

Además, el compendio histórico también proporciona los elementos para justificar la actuación estatal y para construir los fundamentos de la tesis que defiende en esta investigación. Para comenzar, sostengo que la creciente intervención estatal es un fenómeno que jamás ha experimentado un retroceso, si bien es cierto que sus características han variado a lo largo del tiempo. Las rectificaciones típicas de la función de policía, las limitaciones al ejercicio de ciertos derechos, así como la búsqueda en determinados momentos de trazados más funcionales y, en otros, de mayor majestuosidad, siempre han sido rasgos de la actuación estatal.

De todo lo expuesto, resulta fácil concluir que esta creciente intervención del Estado en el ajuste del espacio urbano, mediante la regulación de su uso y de su ocupación ni fue casual en el pasado, ni lo es hoy en día<sup>117</sup>. Además, en razón de los frecuentes cambios sociales y del nuevo orden jurídico-constitucional, la mejora de sus

---

<sup>117</sup> Según ZAGREBELSKY, el crecimiento de las intervenciones públicas proviene del crecimiento de las presiones sociales, lo que resulta en un incremento de la actividad legislativa (*vid.* G. ZAGREBELSKY, *El Derecho Dúctil, Ley, Derecho, Justicia*, Trotta, Madrid, 2011, 10.ª ed., p. 37-38).

intervenciones, incluso mediante el desempeño de la función planificadora<sup>118</sup>, tampoco es coincidencia.

Esto ha supuesto y todavía supone que el Estado contemporáneo asuma «tareas nuevas, desconocidas para él hasta ahora»<sup>119</sup>, lo que ha incrementado, por un lado, su valor y su indispensabilidad para la vida económica y social y, por otro, la dependencia de lo privado de la actuación estatal<sup>120</sup>. La consecuencia directa de ello ha sido que la especialización estatal y la búsqueda de la técnica para la mejor realización de sus cometidos, nuevos o no, se ha revelado cada vez más necesaria.

En el contexto de las ciudades, las tareas estatales pasaron de ser tan solo intervenciones de policía a consistir en intervenciones más significativas en el uso y la ocupación del espacio urbano por sus habitantes. Ello determinó, inclusive, el desempeño de una función planificadora capaz de imponer la forma de la urbe, los estándares arquitectónicos, los patrones de desarrollo y los medios de contención de las actividades privadas.

Este estado de cosas determinó el incesante aumento de la tarea de la Administración Pública de anticiparse a los particulares, lo que exige la previsión de nuevas demandas y el establecimiento de métodos que las satisfagan y que aúnen técnica, eficiencia e igualdad en el tratamiento a los administrados. Esto es así debido a que para planear bien la ordenación del espacio urbanizado, es imprescindible estar en posesión de determinados conocimientos sobre el núcleo urbano<sup>121</sup> y resulta evidente que tan solo el típico contacto directo de los Poderes Públicos con la pluralidad de entes sociales y sus necesidades puede proporcionar tales conocimientos. Es verdad que, en España, se produjeron intentos de liberalización del mercado del suelo, pero ello no restó la consideración del urbanismo como función pública.

---

<sup>118</sup> Según sostiene CASSESE, el término *función* tiene muchas acepciones, pero aquí la utilizo en el sentido de *tarea* o *actividad* «necesaria al funcionamiento de la colectividad» (vid. S. CASSESE, *Las bases del Derecho Administrativo*, INAP, Madrid, 1994, p. 103-4).

<sup>119</sup> Vid. K. HESSE, *Elementos de Direito Constitucional da República Federal Alemã*, Sergio Fabris, Porto Alegre, 1995, 1.ª Ed. brasileira, p. 173.

<sup>120</sup> Vid. K. HESSE, *Elementos de Direito Constitucional da República Federal Alemã*, cit. p. 173.

<sup>121</sup> Vid. E. JARDI CASANY, *El Planeamiento Urbanístico*, Bosch, Barcelona, 1966. p. 40 y 47.

A raíz de ello, la ordenación del suelo en la actualidad es un cometido del Poder Público, que es el que dispone de la mejor información sobre las demandas de la colectividad, así como de la capacidad técnica para evaluarlas y formular los medios para dar respuesta a las mismas.

Por supuesto que el aspecto de la experiencia en el urbanismo siempre ha tenido un gran peso a la hora de establecer no solamente el diagnóstico de la ciudad, sino, sobre todo, de conformar su pronóstico, orientando la adecuación de la política urbanística a la realidad y estableciendo su capacidad para responder a las necesidades sociales presentes y futuras.

También importa reconocer que solamente el Estado, depositario del poder de coacción<sup>122</sup>, limitado por la Constitución y por la Ley, y basado en la supremacía de la que dispone ante los individuos, puede imponer conductas, metas, ajustes, deberes de obligado cumplimiento para todos los actores sociales cuyas actividades repercuten directamente en la organización social, en el entorno ambiental y en el equilibrio de las fuerzas económicas, una vez que se respeten los intensos cambios sociales<sup>123</sup>.

Ahora bien, la actuación estatal sobre la ciudad produce un doble impacto: al mismo tiempo que representa una aproximación del Poder Público a los ciudadanos en la búsqueda de la satisfacción de sus demandas, no se puede dejar de recordar que también determina el modelo de ciudad. Esto constituye claramente una opción política que se toma en el ámbito del ejercicio discrecional y, por lo tanto, consistente en una actuación administrativa sometida a un control externo bastante matizado.

---

<sup>122</sup> Vid. S. MARTIN-RETORTILLO, *Derecho Administrativo Económico*, Vol. I, La Ley, Madrid, 1988, p. 331.

<sup>123</sup> Afirma LÓPEZ RODÓ que el derecho público está vinculado a la realidad política de cada momento histórico y que la velocidad a la que se producen los cambios en el presente es mucho mayor que el registrado en otras épocas (vid. L. LÓPEZ RODÓ, *Prefacio*, en J. H. KAISER (coord.), G. ARIÑO ORTIZ y A. GALLEGU ANABITARTE, *Planificación, Estudios Jurídicos y Económicos*, tomo I, IEA, Madrid, 1974, p. XII).

Sin embargo, podría objetarse que, actualmente, en los ordenamientos jurídicos occidentales, por lo general, este poder de ordenamiento nada más representa que la voluntad popular democráticamente expresada en las urnas<sup>124</sup>.

No obstante, no siempre el proceso obedece a esta lógica de una manera tan cartesiana y muchas de las opciones políticas presentan alguna especie de vicio. Su prevención e incluso su corrección se dan mediante un esquema de control correspondiente tan complejo como la propia actividad que lo origina.

Dentro de este contexto, paso ahora a exponer las nuevas características de la intervención administrati<sup>77</sup>va en el escenario de las relaciones urbanas, específicamente, del planeamiento y del uso de la ocupación del suelo y sus efectos en las garantías ciudadanas y el control externo de la Administración Pública.

---

<sup>124</sup> Vid. I. MARTÍNEZ DE PISÓN APARICIO, *El Control Judicial de la Discrecionalidad de la Potestad de Planeamiento*, en A. E. HUMERO MARTÍN (coord.), *Tratado Técnico-Jurídico de la Edificación y del Urbanismo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010, p. 229.

## CAPÍTULO III

### EL PODER PÚBLICO EN EL MARCO CONSTITUCIONAL

#### 1. Los actuales modos de actuación de los Poderes Públicos

En el anterior capítulo ha quedado demostrado que, durante los últimos tres siglos, el Estado ha mudado radicalmente la forma de relacionarse tanto con la ciudad como con la sociedad. Inicialmente, ciertos factores, entre los que se encuentran el derrocamiento del absolutismo; la reorganización territorial de Occidente, o bien mediante la unificación de territorios, o bien mediante su escisión; así como el avance del militarismo, dibujaron una estructura estatal que se sustentaba en la fuerza y la dominación. La ciudad, con sus ciudadanos en algunos casos intimidados y en otros insubordinados, pasó de constituir una expresión de los modos de vida de sus habitantes, al campo de acción de los técnicos con la finalidad de reforzar la supremacía estatal, mientras que la Administración Pública trabajaba en la contención de las manifestaciones de los ciudadanos.

Esto supuso un reforzamiento de la imposición del poder político a los administrados bajo la idea de soberanía y de autoridad<sup>125</sup>, lo que implica reconocer que, por lo general, la relación que se estableció entre los individuos y el Estado en el inicio de la Edad Moderna, fue de simple mando y sometimiento. Consecuentemente, en aquel entonces, en el seno social predominaban las intervenciones estatales de policía para hacer predominar la voluntad del depositario de la monarquía absolutista o ilustrada, contra la que nadie podía oponerse, incluso en lo que concernía a la composición del espacio urbano.

La respuesta a este sistema vino a continuación y se derivaba de los movimientos revolucionarios de finales del siglo XVIII, cuyo ideario se sostuvo sobre la noción de la voluntad general era la primera fuente del Derecho y de que el ejercicio del poder por el Estado necesariamente demandaba justificación en Ley previa<sup>126</sup>.

---

<sup>125</sup> Vid. R. CARRÉ DE MALBERG, *Teoría General del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2000, 2.ª ed., 1.ª reimpresión, p. 7-8.

<sup>126</sup> Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 15.ª ed., 2011, p. 456.

Asimismo, de tales movimientos resultó un nuevo sistema de libertades ciudadanas, las cuales se materializaron en un sistema de garantías individuales y de derechos subjetivos públicos susceptibles de entrar en conflicto con el Estado y que representaron un claro límite a la tarea estatal de reglar la convivencia ciudadana. El pujante prestigio del individuo, así como el predominio de la razón, transformaron toda la escala de valores hasta entonces imperante en la ciudad, de modo que esta mudanza comenzó por las tareas estatales.

El poder político, ahora liberado de la función puramente interventora, vio como se redujo su protagonismo, hasta el punto de que solo le restaron como únicas tareas, las de policía, las cuales se restringían, exclusivamente, a la conminación y rectificación de los abusos de los titulares de los derechos<sup>127</sup>; ahora bien, dicho ejercicio se realizaba en conformidad con una legislación emanada de la voluntad popular, teóricamente, con el fin de preservar el orden jurídico-social. En este Estado de Derecho de índole liberal se construyeron, poco a poco, las ideas de la soberanía popular y de la Administración Pública enfocada en el cumplimiento del interés público resguardado por la Ley.

Tanto el Estado de Derecho francés, basado en la racionalización de sus funciones, como el Estado de Derecho norteamericano, totalmente volcado en el *bill of rights*, constituyen perfectos e ilustrativos ejemplos de dicha construcción. Tales modelos implicaron un cambio de paradigma acerca del Estado y de la Administración Pública<sup>128</sup>, cambio que se fundamentaba en la Constitución, escrita o consuetudinaria, como instrumento restrictivo del Poder Público. Ahora bien, según he puesto de manifiesto, el Estado de Derecho, de pronto, adoptó la actitud de abstenerse.

Doy por supuesto el proceso que culminó tanto con el surgimiento de los modelos del Estado contemporáneo más desarrollados jurídicamente, como con la

---

<sup>127</sup> En palabras de SANTAMARÍA PASTOR, al Estado Liberal le competía «corregir las disfunciones más graves y ostensibles del mercado y de la sociedad civil» (vid. J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo General*, Vol. I, Iustel, Madrid, 2009, 2.ª ed., p. 66).

<sup>128</sup> Vid. E. FORSTHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., p. 58-60.



reconfiguración de la noción de Administración Pública<sup>129</sup>. Sin perjuicio de ello y de modo muy somero, el primer modelo constitucional de la modernidad se apoyó en tres pilares: la declaración de los derechos individuales, el sometimiento del Estado a la Ley resultante de la voluntad general y la separación de los poderes del Estado.

El sistema de garantías ciudadanas fue un marco para la experiencia jurídica, aunque los expresivos cambios sociales permanecieron tras su consagración. A mediados del siglo XIX, los estallidos sociales surgidos a causa de los males derivados del individualismo, el excesivo *laissez-faire* y el abstencionismo estatal liberal despertaron otro tipo de conciencia ciudadana, así como la demanda de una mejora del sistema de garantías.

Como ya he examinado con anterioridad, el colapso del liberalismo redundó en la reinsertión del Estado en el seno socioeconómico con vistas a satisfacer el interés general<sup>130</sup>, a partir de la construcción de la noción de la prestación de servicios públicos y de actividades de fomento. Por otro lado, también ganó fuerza la idea de que los administrados no podían ser abandonados a su propia suerte frente a la lógica del mercado, lo cual demandaba una especial protección del Poder Público. A esto se le sumó el reconocimiento de algunas demandas sociales, que por su naturaleza, o bien no podían ser proporcionadas por la iniciativa privada, o no eran de su interés, de modo que era al Estado al que le correspondía satisfacerlas<sup>131</sup>.

Esto implicó la consolidación del modelo de Estado Social volcado en el bienestar general y en la promoción de la igualdad, lo que se vislumbra claramente en las experiencias jurídicas de principios del siglo XX. Lo importante en este punto, es que esta fórmula jamás se vio libre de controversias dado que representó un significativo golpe de timón. Durante un largo periodo, los valores sociales que entraban en conflicto se habían resuelto mediante el privilegio de la autonomía

---

<sup>129</sup> Solo como recordatorio, FORSTHOFF considera que la asunción del sentido moderno de Administración puede verificarse en la historia, en el momento en que el Estado pasa a tener cometidos de índole general (vid. E. FORSTHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., p. 37).

<sup>130</sup> Para el propósito de esta investigación, entiendo como interés general o interés público, al conjunto de necesidades sociales de carácter esencial que trasciende la esfera de los intereses puramente individuales, que no logran ser satisfechas ni individualmente ni por la iniciativa privada, tal y como lo define RIVERO (vid. J. RIVERO, *Direito Administrativo*, Almedina, Coimbra, 1981, s/e, p. 14).

<sup>131</sup> Vid. J. RIVERO, *Direito Administrativo*, cit., p. 15.

individual y de los bienes jurídicos privados, de manera que la intención de beneficiar a la colectividad brillaba por su ausencia<sup>132</sup>.

En cambio, la noción de Estado Social de Derecho surgida en esa misma época y que se instaló de forma inexorable en la mayoría de los países occidentales<sup>133</sup> trajo consigo las nociones del bienestar colectivo, de la intervención estatal impulsora del mercado y de la economía en pro de una mínima promoción de cierta igualdad entre los ciudadanos.

En lo que concierne específicamente a la ciudad, las controversias a las que me refiero se originaron por motivos variados. Destaco dos de ellos por parecerme que son más expresivos: en primer lugar, presupuso la idea de una efectiva intervención estatal en un derecho individual admitido como una de las libertades ciudadanas, el Derecho de propiedad. Esto redundó en un mayor control estatal del ejercicio del Derecho de propiedad, ahora sometido a los designios de las políticas públicas de uso y ocupación del suelo urbanizado. Un significativo ejemplo de la concreción de este control es el planeamiento urbanístico.

En segundo lugar, implicó un cambio de perspectiva en la gestión del Estado de las políticas públicas de planeamiento urbanístico. Estas pasaron a guiarse, en teoría, por el interés colectivo del disfrute y preservación del espacio urbanizado, la generación del bien común y la promoción de la igualdad.

---

<sup>132</sup> DUGUIT sostiene que a la evolución que resultó de la conversión del Estado de Derecho en Estado Social, le correspondió una transformación particular de las ideas y de las instituciones, que no obedeció el orden evolutivo natural (vid. L. DUGUIT, *Las transformaciones del Derecho Público*, Analecta, Pamplona, 2006, p. 42).

<sup>133</sup> La forma de Estado Social presupuso, y todavía lo continúa haciendo, diversas medidas de intervención social y de garantía de los ciudadanos, en los diversos países que han adoptado dicha forma. Sobre todo, porque el alcance de la intervención, del fomento de actividades y de la prestación de servicios públicos mantiene un vínculo directo con el poder económico, es decir, con la sostenibilidad de las prestaciones de las que dispone cada nación. Aun así, se puede constatar que la idea de Estado Social de Derecho se difundió incluso en economías menos pujantes, tanto bajo la forma de la función social de la propiedad como la de la prestación estatal de determinados servicios o actividades económicas.

## 2. El deber de concreción del interés público

La noción de un Estado efectivamente volcado en el atendimento del interés público y la promoción del bien común, según me parece, se ha construido paulatinamente, sobre todo, a partir de los problemas originados por el abstencionismo del Estado de inspiración liberal.

No cabe duda que tal concepción no se estableció en su forma final de manera repentina. La nueva intervención estatal en el contexto social, consistente en la prestación de servicios y fomento de la riqueza, supuso unos nuevos fundamentos jurídicos y determinó ajustes en los modos de actuación de la Administración Pública, los cuales se guiaron por la protección constitucional de la que estaban conferidos los administrados<sup>134</sup>.

De todas maneras, principalmente, el Estado fue definiendo de forma gradual su papel frente a los individuos. Sobre todo, tuvo que diseñar la eficacia de su actuación como contrapunto al ejercicio de los derechos de los ciudadanos. Todo ello, sin apartarse jamás de la noción de potestad pública, ya que esta es uno de los factores que componen la propia noción de Estado<sup>135</sup>.

Es posible afirmar que, en la actualidad, el Estado conforma las bases de la convivencia social de modo integral, de tal forma que, frecuentemente, él mismo estipula el surgimiento de nuevas relaciones sociales y por ende, jurídicas. Es posible justificar esta evolución de las funciones estatales a partir de la idea defendida por FORSTHOFF, en el sentido de que uno de los cometidos más urgentes del Estado es, precisamente, el de establecer y mantener un orden social, dado que la sociedad no cuenta con un orden previo<sup>136</sup>.

---

<sup>134</sup> DUGUIT advierte que se pasó de un sistema jurídico de carácter metafísico e individualista a un sistema realista y socialista (*vid.* L. DUGUIT, *Las transformaciones del Derecho Público*, cit., p. 43).

<sup>135</sup> *Vid.* CARRÉ DE MALBERG, *Teoría General del Estado*, cit., p. 25.

<sup>136</sup> *Vid.* E. FORSTHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, cit. p. 15.

Dentro de este contexto, la idea de la Administración Pública se consolida contemporáneamente como una manifestación de la vida estatal<sup>137</sup>, se especializa en el cumplimiento de los nuevos fines del Estado y pasa de ser un órgano meramente regulador, a asumir una función planificadora, conformadora, estabilizadora y también fomentadora<sup>138</sup>, además de proporcionar servicios públicos.

Señala FORSTHOFF que «la Administración ha ganado en importancia a costa de la Constitución, sus funciones se han extendido a numerosas zonas sociales entregadas hasta ahora a la economía privada, y no sólo la amplitud, sino también la intensidad de estas funciones ha experimentado un impulso considerable»<sup>139</sup>. Con ello, argumenta el autor, es evidente que igualmente hubo cambios en la relación del individuo con la Administración.

En cualquier caso, como advirtió SANTAMARÍA PASTOR<sup>140</sup>, en algunos países occidentales, es posible identificar una estructura administrativa e incluso un Derecho regulador de conductas anterior al constitucionalismo, aunque ambos operasen con una connotación distinta a la actual. Lo que es innegable es que los influjos de las revoluciones liberales impusieron al Estado y por lo tanto, a la Administración Pública, una carga diferenciada de atribuciones y de fines dictados por una ley fundamental: la Constitución, cuyos elementos a la vez que consagraron la separación de poderes, le impusieron unos límites muy claros frente a los titulares de derechos.

Desde el comienzo del constitucionalismo, la esencia de la Constitución recayó en la declaración de derechos individuales de los ciudadanos, al dotarles de medios que sirvieron como contrapeso al poder estatal y limitaron el ejercicio de sus funciones. Además, el Estado de Derecho se sometió indefectiblemente a la Ley,

---

<sup>137</sup> Según FORSTHOFF, la Administración Pública además de ser «una de las formas más eficaces de la vida estatal», es una creación de la Edad Moderna, pues considera que en la Edad Media no había ni administración ni Derecho administrativo (*vid.* E. FORSTHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, *cit.*, p. 29 y 35-36). Obviamente, hay quienes sostienen que, incluso en las formaciones estatales más primitivas, es posible reconocer con claridad una función administrativa asociada, tal y como destaca Merkel (*vid.* A. Merkel, *Teoría General del Derecho Administrativo*, Comares, Granada, 2004, s/ed., p. 80).

<sup>138</sup> *Vid.* E. FORSTHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, *cit.*, p. 13 y 15.

<sup>139</sup> *Vid.* E. FORSTHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, *cit.*, p. 5.

<sup>140</sup> *Vid.* J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo General*, vol. I, IUSTEL, Madrid, 2009, 2.ª ed., p. 43-44.

aunque en esta ocasión, a la emanada de la voluntad general, en vez de a la originada en el poder del soberano, tal y como aclaran GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ<sup>141</sup>.

Es evidente la velocidad a la que se produce el cambio de tareas de las que se encarga la Administración Pública, en aras de adaptarse a la siempre mutable realidad social, algo que a menudo demanda ajustes en su conformación. Por ello, advierte JÈZE que «a diferencia del derecho privado, que cambia lentamente, el derecho público tiene necesidad de una flexibilidad mucho mayor»<sup>142</sup>. Pese a ello, el Derecho público sigue sin habituarse a las mudanzas, lo que a veces implica un déficit continuo en la eficiencia y en la presteza con las que lleva a efecto sus cometidos.

Consecuentemente, no es ni casual ni exagerada la crítica de FORSTHOFF de que la estructura que fundamentó el Derecho administrativo en el liberalismo, ya no atiende más a la realidad fáctica, lo que resulta en una expresiva pérdida de vigencia<sup>143</sup>. Esta situación limita mucho la libertad de acción de la Administración y, desde el punto de vista específico de la situación actual, le impide actuar con más diligencia y eficacia cuando surgen situaciones que el legislador no consigue contemplar durante la elaboración de la Ley.

El escenario no es distinto cuando el asunto es el planeamiento de las ciudades. La Administración Pública, reacia a cualquier formulación que la aleje de su posición de autoridad e inmersa en el uso de técnicas ya superadas y carentes de eficacia, muchas veces claudica de su función de ordenación del uso y ocupación del suelo urbanizado, con un evidente desprecio de las necesidades sociales. Asimismo, no es raro identificar casos en los que, carente de la preocupación de servir al interés general, la Administración Pública se alía con meros intereses privados y especulativos.

---

<sup>141</sup> Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, cit., p. 456-457.

<sup>142</sup> Vid. G. JÈZE. *Principios Generales del Derecho Administrativo. La técnica jurídica del Derecho Público Francés*, Tomo I, Depalma, Buenos Aires, 1948, p. XXIX.

<sup>143</sup> Vid. E. FORSTHOFF. *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., p. 117. RIVERO refuerza esta premisa sosteniendo que la noción de Administración Pública gestada por el Estado liberal no es suficiente para cumplir las funciones públicas existentes en la actualidad (vid. J. RIVERO. *Direito Administrativo*, cit., p. 33).

Desde luego, no desconozco que hay ejemplos en los que la Administración Pública desarrolla con perfección su tarea conformadora de la ciudad. No obstante, teniendo en vista el planteamiento propuesto en este trabajo, lo que interesa es el análisis de la actividad administrativa viciada e ineficiente, lastrada por imperfecciones las cuales podrían ser evitadas mediante un buen régimen jurídico del planeamiento urbano, tal y como aclararé posteriormente con todo detalle.

### **3. Las potestades públicas**

Conforme advierte MAYER, la relación entre el Estado y los administrados se conforma sobre una base de desigualdad, en la que estos últimos se subordinan a la voluntad que les impone el primero<sup>144</sup>, en beneficio de la satisfacción de intereses públicos concretos. En otras palabras, la facultad de imponer su voluntad a la sociedad política forma parte de la noción de la autoridad estatal. Corresponde asimismo a este concepto la potestad pública de trazar la conducta de los administrados exigiendo el cumplimiento de sus determinaciones estatales mediante, incluso, el ejercicio de la coacción<sup>145</sup>.

Esta noción de desigualdad jurídica entre el poder político y los administrados, que permite que el primero adopte decisiones unilateralmente e se las imponga a los administrados, nada tiene de espuria, sino que más bien representa la propia esencia del Estado. Su justificación radica en la incumbencia estatal de hacer prevalecer el interés general sobre los intereses individuales<sup>146</sup>. Ahora bien, dado que la capacidad de la Administración Pública de imponer a los administrados constituye una potestad pública, es necesario que haya una previsión legal previa a su ejercicio.

En esto consiste el concepto de la potestad pública: un otorgamiento legal al Estado de un abanico de prerrogativas que le ponen en disposición de cumplir con sus funciones y que lo elevan a una posición de superioridad jurídica respecto a los administrados, en aras de garantizar la prevalencia del interés público sobre el interés

---

<sup>144</sup> Vid. O. MAYER, *Derecho Administrativo Alemán*, cit., p. 89.

<sup>145</sup> Vid. M. CAETANO, *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, Tomo I, Almedina, Coimbra, 2012, 6.ª Ed., 5.ª reimpresión, p. 7.

<sup>146</sup> Vid. M. CAETANO, *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, cit., p. 9.

privado. Sin embargo, el poder no se ejerce en nombre del legitimado y, tampoco, para favorecer sus intereses, sino que consiste, más bien, en un poder vicarial<sup>147</sup>, habida cuenta de que la Administración debe atender al interés general<sup>148</sup>.

GARCÍA DE ENTERRÍA asevera que el otorgamiento legal de poderes a la Administración nada tiene de excepcional y resalta que «el llamado “principio de legalidad de la Administración” no es un sistema de límites opuesto por el Derecho a una libertad inicial de la Administración; es, por lo contrario, un sistema por el que las normas confieren potestades a la Administración, sólo con las cuales ésta puede obrar»<sup>149</sup>.

En efecto, MARTÍN MATEO y DíEZ SÁNCHEZ identifican que, en el Estado de Derecho, el orden jurídico se presenta en forma de pirámide, algo que describen de la siguiente forma: «el poder va diluyéndose y calando hasta llegar a sus manifestaciones y actos concretos, a partir de un vértice superior en el que radican las más elevadas funciones soberanas»<sup>150</sup>. Además, sostienen que «la concesión de poderes se conecta, pues, con el principio de legalidad haciendo aparecer la Ley, en cuanto límite y condición de la actuación administrativa»<sup>151</sup>. Límite en virtud del cual, la actuación administrativa debe observar la Ley, y condición, ya que para actuar, la Administración debe estar autorizada por la Ley.

En este punto, aclaran que hay dos teorías sobre la forma de actuación administrativa: una que sostiene que al igual que los privados, la Administración puede hacer todo aquello que no esté prohibido por Ley y, en contrapartida, otra teoría según la cual, la Administración solo puede actuar autorizada por la Ley. En lo que se refiere específicamente a España, sostienen que «la Constitución se pronuncia también en este

---

<sup>147</sup> Vid. F. BELTRÁN, *Discrecionalidad Administrativa y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1995., p. 220.

<sup>148</sup> Vid. J. IGARTUA SALAVERRÍA, *Discrecionalidad, arbitrariedad y control judicial*, Revista Vasca de Administración Pública (sep./dic. 1996), 46, p.111.

<sup>149</sup> Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación Delegada, Potestad Reglamentaria y Control Judicial*, Thomson Civitas, Madrid, 2006, 3.ª ed., p. 132.

<sup>150</sup> Vid. R. MARTÍN MATEO y J. J. DíEZ SÁNCHEZ, *Manual de Derecho Administrativo*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, 28.ª ed., p. 73.

<sup>151</sup> Vid. R. MARTÍN MATEO y J. J. DíEZ SÁNCHEZ, *Manual de Derecho Administrativo*, cit., p. 73.

sentido determinando que la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho (art. 103.1.º)»<sup>152</sup>.

En efecto, tal y como ha quedado demostrado, el perfeccionamiento de la noción de Estado y de las garantías típicas del modelo constitucional en vigor son determinantes para que la exigencia de que todo ejercicio del poder estatal sobre la sociedad en la que se proyecta, debe sustentarse en una legislación previa que le confiera legitimidad.

Igualmente, he tenido la oportunidad de resaltar que la evolución de la concepción de los fines del Estado le dotó de múltiples cometidos, algunos con un cariz marcadamente intervencionista, como una forma de promover los nuevos propósitos de equilibrio socioeconómico y de igualdad de oportunidades para todos los ciudadanos. Tal circunstancia justifica la existencia de múltiples potestades estatales previstas, otorgadas, delimitadas y condicionadas por la legislación<sup>153</sup>, capaces de accionar el aparato público rumbo a la consecución de los fines del Estado.

Ahora bien, el ejercicio de una potestad estatal trasciende la esfera de los intereses del agente público legitimado, pues las prerrogativas administrativas son de índole vicarial y, por lo tanto, se ejercitan en función del interés ajeno, específicamente, del interés público<sup>154</sup>.

En efecto, COSCULLUELA MONTANER sostiene que la atribución de potestades (poder jurídico para imponer decisiones en favor del cumplimiento de un fin) a la Administración Pública deriva de lo que denominó articulación técnica del principio de legalidad<sup>155</sup>. Advierte, con todo, que hay posturas distintas en cuanto a cómo opera el principio de legalidad en lo que se refiere a la capacidad de acción de la Administración Pública. Un sector de la doctrina defiende que hay una vinculación negativa de la Administración Pública a la Ley, lo significa que puede hacer todo lo que no está

---

<sup>152</sup> Vid. R. MARTÍN MATEO y J. J. Díez SÁNCHEZ, *Manual de Derecho Administrativo*, cit., p. 74.

<sup>153</sup> Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, V. I, Thomson Civitas, Madrid, 2011, 15.ª ed., p. 468.

<sup>154</sup> Vid. J. LEGUINA VILLA, *Principios Generales de Derecho y Constitución*, Revista de Administración Pública, n.º 114, 1987, p. 27.

<sup>155</sup> Vid. L. COSCULLUELA MONTANER, *Manual de Derecho Administrativo*, cit., p. 306.



prohibido; mientras que hay otro sector que invoca la vinculación positiva, noción según la cual la Administración solamente puede actuar mediante previa autorización<sup>156</sup>.

Añade que de la interpretación del art. 9.3 en combinación con el art. 130.1 CE, se concluye que en España el régimen de vinculación de la Administración Pública a la Ley es la vinculación positiva<sup>157</sup>.

Ahora bien, a pesar de reconocer que el régimen de vinculación positiva es la tesis doctrinal dominante, SANTAMARÍA PASTOR matiza este entendimiento afirmando que «uno u otro [régimen] son aplicables de modo simultáneo, según los diferentes tipos de actuación administrativa y las materias sobre las cuales recaiga»<sup>158</sup>. Para aclarar su entendimiento menciona el principio de reserva de ley, que a su juicio representa un típico caso de vinculación positiva, pero cuya existencia misma desvela que hay otros casos en que la disciplina de un supuesto dado no está bajo su incidencia, es decir, el Poder Ejecutivo puede regularlas sin una Ley previa. Esa circunstancia conformaría, según el autor, un caso típico de vinculación negativa.

Esta constituye una tesis respetable y defendible, sin embargo, a mi modesto entender, el hecho de que sea necesario que el Poder Ejecutivo este autorizado a editar los reglamentos, esto es, que su actividad legislativa esté previamente autorizada, es suficiente para defender la vinculación positiva. Esto es así dado porque lo hará en los casos en los cuales esté autorizado y cómo autorizado, lo que demuestra que está vinculado positivamente a la Ley.

En Brasil el entendimiento consagrado es la vinculación positiva, tal y como elucida SEABRA FAGUNDES, *ad litteram*:

«A atividade administrativa deve não apenas ser exercida sem contraste com a lei, mas, inclusive, só pode ser exercida nos termos de autorização contida no sistema legal. A legalidade na Administração não se resume à ausência de

---

<sup>156</sup> Vid. L. COSCULLUELA MONTANER, *Manual de Derecho Administrativo*, cit., p. 305-306.

<sup>157</sup> Vid. L. COSCULLUELA MONTANER, *Manual de Derecho Administrativo*, cit., 306.

<sup>158</sup> Vid. J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo General*, vol. I, p. 57.

oposição à lei, mas pressupõe autorização dela, como condição da ação. Administrar é “aplicar a lei, de ofício”»<sup>159</sup>.

### **3.1. Limitaciones a las potestades de la Administración**

Si bien es cierto que la Administración pública es titular de potestades para llevar a cabo sus funciones, en pro de la concreción del interés público, también lo es que las debe ejercer dentro de los parámetros establecidos en la norma habilitante, cuya finalidad es la de asegurar la realización del interés público que la generó.

Tales parámetros son límites «mediante los cuales se manifiesta la protección de la finalidad que debe regir la actividad de la Administración, tanto en el caso en que esta actividad se traduzca en un perjuicio para los particulares, como en el caso en que se traduzca en una ventaja para los mismos»<sup>160</sup>.

Por una parte, formalmente, la mejor doctrina divisa como límites al propio contenido de la potestad legalmente otorgada, al procedimiento por ella establecido y a la forma que debe asumir, así como también a las formalidades que hay que cumplir y a los responsables de hacerlo. Por otra parte, asimismo divisa como límite al propio interés público que motiva la concesión de la potestad administrativa y que legitima al agente competente a ejercerla<sup>161</sup>.

Obviamente, el proceso de verificación del respeto de los límites formales no ofrece mayores problemas ni cuando se controlan potestades administrativas cuya práctica no demande un juicio de conveniencia y oportunidad, como cuando eso sea necesario.

### **3.2. El marco jurídico establecido por los derechos fundamentales frente a las potestades públicas**

---

<sup>159</sup> Vid. M. SEABRA FAGUNDES, *O controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, Forense, Rio de Janeiro, 1979, 5.<sup>a</sup> ed., p. 4-5.

<sup>160</sup> Vid. R. ALESSI, *Instituciones de Derecho Administrativo*, *Instituciones de Derecho Administrativo*, Vol. 1, Bosch, Barcelona, 1970, p. 189.

<sup>161</sup> Vid. R. ALESSI, *Instituciones de Derecho Administrativo*, cit., p. 189 y 190.

Tal y como he aclarado con antelación, los derechos fundamentales son uno de los componentes más expresivos de lo que se puede denominar como orden jurídico occidental. Ellos repercuten tanto en la esfera privada de actuación de los sujetos como en su relación con el poder estatal. En cuanto a este último, tales derechos tienen un decisivo impacto en el desarrollo de las tareas de la Administración Pública, al proporcionarle instrumentos para la definición de los límites de su actuación interventora, los cuales condicionan el ejercicio de las potestades públicas, al mismo tiempo que sirven de guía para los medios de resolución estatal de los conflictos intersubjetivos de intereses.

Por ese motivo, los derechos fundamentales pueden ser considerados como uno de los elementos que más influenciaron en la evolución de la moderna teoría del Derecho administrativo durante el siglo XX. De igual modo y desde una perspectiva opuesta, también es posible afirmar que su propia evolución recibió una gran influencia del Derecho administrativo<sup>162</sup>. Es más, tal y como afirma SCHMIDT-ASSMANN, «los derechos fundamentales han aportado al Derecho administrativo una especial sensibilización en relación a las consecuencias de la actuación pública»<sup>163</sup>.

Desde esta perspectiva, es forzoso reconocer que la tarea estatal de ordenar la ciudad repercute en relevantes intereses y, al fin y al cabo, en los derechos fundamentales. Retomando el tema de las garantías, es menester recalcar que, con el surgimiento del constitucionalismo como técnica de control del poder político y el consecuente reconocimiento y consagración de los derechos fundamentales de los ciudadanos, se produjeron significativos impactos en el contexto urbano.

A modo de resumen y como ya he tenido oportunidad de acentuar, se puede afirmar que, inicialmente, supusieron una protección para las llamadas libertades

---

<sup>162</sup> Vid. E. SCHMIDT-ASSMANN, *La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema, Objeto y fundamentos de la construcción sistemática*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 71 y 72. Todo el párrafo está inspirado en el autor.

<sup>163</sup> Vid. E. SCHMIDT-ASSMANN, *La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema, Objeto y fundamentos de la construcción sistemática*, cit., p. 79.

civiles<sup>164</sup> y políticas de los ciudadanos. Esto significó que, al igual que indicaban la dirección de la actuación administrativa, también operaban como límite.

El esquema de garantías inicial consagró derechos individuales que determinaron un deber de abstención del Estado (*status negativus*) y que, por este motivo, se concibieron como *self executing*. Además de la libertad, se garantizaron derechos políticos, para a continuación, tras el abandono de esta perspectiva individualista y abstencionista, consolidarse derechos que posibilitaron el disfrute de prestaciones del Estado necesarias para el desarrollo del ciudadano (*status positivus*), cuya materialización solo es posible mediante un desarrollo legislativo infraconstitucional. Paulatinamente, cada uno de ellos fue delineando facultades susceptibles de oponerse a la Administración Pública, o bien adoptando una postura de defensa, o bien de protección<sup>165</sup>.

Más aún, si bien es cierto que la Administración supuso en el pasado una imposición para los ciudadanos, que fue sustituida y perfeccionada gracias a las revoluciones liberales, no es menos cierto que el ejercicio de los derechos individuales también reclamó una cierta contención, con el objeto de hacer posible la simultaneidad del ejercicio entre sus titulares. El papel de hilo conductor en esta búsqueda del equilibrio entre las relaciones sociales le incumbió al Poder Público, teniendo como base su supremacía, y como guía, la voluntad general expresada en la Ley y creada de acuerdo a un proceso establecido en la Constitución<sup>166</sup>.

Estas nuevas funciones sociales del Estado de Derecho ampliaron la actuación administrativa en el seno social, crearon nuevas tensiones en el ámbito público-privado y afinaron la noción de intervención administrativa. Además,

---

<sup>164</sup> La «libertad de los modernos», para utilizar la célebre expresión de BENJAMIN CONSTANT empleada en la inmensa mayoría de las obras de Derecho Constitucional.

<sup>165</sup> Me explico: los derechos fundamentales, por un lado, significan una defensa del individuo y exigen que la Administración actúe conforme a criterios de razonabilidad y de proporcionalidad, cuando impone condiciones a su ejercicio. Por otro lado, significan un mandato de protección que, según SCHMIDT-ASSMANN, «explica, en suma, por qué el Derecho administrativo tanto debe limitar y condicionar la intervención administrativa como promover y hacer posible esa misma actuación» (vid. E. SCHMIDT-ASSMANN, *La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema, Objeto y fundamentos de la construcción sistemática*, cit., p. 73). Estas dos perspectivas no agotan las dimensiones de los derechos fundamentales, pero son las más pertinentes para la presente tesis, motivo por el cual me centro en ellas.

<sup>166</sup> Vid. E. FORSTHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., p. 57.

impulsaron la actividad conformadora de la Administración, tanto en lo pertinente a la intervención directa en los derechos individuales o mediante la prestación de servicios a la comunidad por parte del Estado<sup>167</sup>.

El sistema continuó perfeccionándose, lo que resultó en el reconocimiento de derechos fundamentales concernientes a la protección de bienes jurídicos metaindividuales, que también demandan actitudes positivas del Estado. Es decir, los distintos tipos de derechos fundamentales consagrados en las Constituciones occidentales configuran distintas dimensiones<sup>168</sup> de garantías y demandan actitudes estatales igualmente diversas. En la presencia de unas, el Estado tiene el deber de abstenerse; mientras que ante las otras, tiene la tarea de intervenir para concretarlas.

De todos modos, las distintas dimensiones de derechos fundamentales atañen al tema que se estudia en el presente trabajo. Ahora bien, es forzoso reconocer que las garantías de la libertad, de la propiedad y del sometimiento de la Administración a Ley repercuten de forma más directa en el planeamiento urbano, siendo justo por esta razón, por lo que se tratarán con mayor detenimiento a lo largo de este estudio.

En efecto, el ejercicio de la libertad tiene la capacidad de generar impactos en el tejido urbano, tal y como ocurre mediante la concreción del *jus aedificandi*, del uso de los equipamientos urbanos, del ejercicio de actividades comerciales o del sencillo establecimiento de una vivienda. Por este motivo, le cabe al Estado definir el contenido de dichos derechos y delimitar su ejercicio por parte de los ciudadanos, de suerte que se equilibre el desempeño de los mismos y lo haga mediante la actividad de policía, que ahora tiene como límite al esquema de garantías individuales.

Asimismo, el ejercicio del Derecho de propiedad impacta directamente en el espacio urbanizado hasta el punto de poder transformar su morfología, su estética e interferir en el *zoning* y en las políticas públicas diseñadas para una determinada zona.

---

<sup>167</sup> Vid. E. FORSTHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., p. 113-114.

<sup>168</sup> No todos los estudiosos utilizan el vocablo «dimensión»; hay quienes prefieren usar «generación». El primer término es utilizado, especialmente, por SCHMIDT-ASSMANN (vid. E. SCHMIDT-ASSMANN, *La Teoría General del Derecho Administrativo como sistema, Objeto y fundamentos de la construcción sistemática*, cit. p. 72 y sigs.) y J. J. CANOTILHO (vid. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, Coimbra, 2000, 4.<sup>a</sup> Ed., p. 389).

Tal y como he querido demostrar hasta este momento, esto hace que le corresponda al Estado la definición y delimitación del ejercicio del Derecho de propiedad, lo que solamente puede llevar a cabo mediante una autorización legislativa.

En efecto, en el caso de España, el art. 53 CE establece que solo por Ley podrá regularse el ejercicio de los derechos y libertades, mientras que el art. 33.2 CE estatuye que la función social delimitará el contenido del Derecho de propiedad «de acuerdo con las leyes». Asimismo, la reserva de ley se explicita en la Constitución Brasileña en lo relativo al ejercicio de varios derechos fundamentales, entre los cuales ocupa una posición destacada el Derecho de propiedad (art. 5.22; art. 5.23; art. 170. párrafo único; art. 182.1 y art. 182.2 CF).

En consecuencia, la intervención estatal demanda una base legal previa y que, en definitiva, no sólo no anule la posición jurídica del tenedor del Derecho de propiedad, sino que también resulte en la protección de tal derecho frente a terceros.

En aras de cumplir una finalidad meramente didáctica y en virtud de su importancia para la definición del planeamiento urbano, sin olvidar sus diferentes impactos en la ordenación de la ciudad en la actualidad, voy a enfocar este estudio en la garantía de la legalidad administrativa y de la propiedad inmueble.

## CAPÍTULO IV

### EL SOMETIMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA A LA LEY

#### 1. Aspectos generales

Conforme he demostrado con anterioridad, el contrapunto al Estado Absolutista le correspondió al Estado de Derecho, de modo que cuando se piensa en la configuración de este último modelo, la característica que emerge en primer lugar es el sometimiento de la Administración Pública a la Ley, la cual, como recuerda SCHMIDT-ASSMANN, además de ser su elemento fundamental, representa la «garantía de previsibilidad, ecuanimidad y estabilidad»<sup>169</sup> y establece el programa y el procedimiento de la acción administrativa.

Esto se explica a través de dos aspectos, tal y como observan GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ: la legitimación del ejercicio del poder administrativo por la voluntad popular y el ejercicio efectivo de la separación entre los poderes del Estado, una vez que el Legislativo se atribuye el poder de actuación y el Ejecutivo lo ejerce dentro de los límites legamente establecidos<sup>170</sup>. Dentro de este marco, la Administración surge como un poder vicarial, subordinado a la voluntad general expresada en la Ley<sup>171</sup>.

Asimismo, resulta indudable que el sometimiento del Estado a la voluntad general compagina la noción del poder y supremacía estatal con la de las garantías individuales y los intereses generales, lo que se produce desde una óptica privada-pública de preservación de estas últimas respecto a los primeros. No obstante, al mudar el enfoque y aplicar un matiz puramente público, se reconoce que la garantía de la

---

<sup>169</sup> Vid. E. SCHMIDT-ASSMANN, *La teoría general del Derecho Administrativo como un sistema, Objeto y fundamentos de la construcción sistemática*, cit., p. 92 y 93.

<sup>170</sup> Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. I, 2012, p. 456 y 457.

<sup>171</sup> Vid. J. LEGUINA VILLA, *Principios Generales de Derecho y Constitución*, cit., p. 27.

legalidad preserva a la Administración Pública del Gobierno<sup>172</sup>, lo que enriquece la dimensión de la garantía.

De manera que, como también recalcaron GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, la organización política no solo se apoya en una base jurídica, sino que «actúa desde y en virtud de la misma». Como consecuencia de este raciocinio, surge la cuestión de cuál es la manera de operar del principio de la legalidad en la praxis administrativa.

Desde un punto de vista doctrinal, fueron dos los modelos que, con el devenir del tiempo, se materializaron en los ordenamientos jurídicos de los distintos países occidentales. El primer modelo propugnó la vinculación negativa de la Administración a la Ley; es decir, un modelo según el cual la Administración podría hacer todo lo que la Ley no le prohibiera, con el fin de satisfacer el interés público<sup>173</sup>. La actuación administrativa, según esta teoría, podría comportarse de manera similar a la de los particulares en general, con una amplia discrecionalidad.

Los estudios son unánimes al afirmar que tal modelo supuso un error, pues redujo el ámbito de actuación del principio de la legalidad, y por lo tanto, mermó una de los más preciados derechos fundamentales de primera dimensión. Además, permitía que el poder de actuación estatal al margen de todo control judicial correspondiente fuese amplio, desequilibrando de este modo el sistema de *checks and balances*, base del constitucionalismo contemporáneo.

La reacción ante dicha concepción fue una teoría totalmente contrapuesta: la vinculación positiva, la cual consistía en admitir la actuación estatal siempre y cuando estuviese expresamente autorizada por Ley y dentro de los límites por ella trazados. Esto significa que la actuación administrativa depende de una autorización legal previa

---

<sup>172</sup> Vid. S. CASSESE, *Las Bases del Derecho Administrativo*, cit., p. 27.

<sup>173</sup> Vid. L. COSCULLUELA MONTANER, *Manual de Derecho Administrativo*, cit., p. 305. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ destacan que dicha manera de concebir la actuación del principio de la legalidad en la actividad administrativa fue defendido, entre otros, por A. HAURIOU y MEYER-ANSCHÜTZ. Asimismo, también subrayan que la vinculación negativa fue ampliamente admitida en España hasta mediados del siglo XX (vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. I, cit., p. 461).



e indispensable, la cual lleva consigo los parámetros para el control jurídico del acto administrativo al que fundamenta.

Dentro del marco de este sistema, en términos muy generales, al igual que no existe potestad sin un previo otorgamiento legal, tampoco existe permiso para la actuación administrativa sin una legislación previa<sup>174</sup> que le sirva de fundamento y de parámetro de control. En consecuencia, la Ley actúa en dos frentes: atribuye y limita el poder administrativo. Esto supone una doble garantía para los administrados quienes, además de conocer de antemano los poderes de los que dispone la Administración Pública en su actuación, también saben cuáles son los límites materiales y formales de dicha actuación.

Al respecto de este tema, EISENMANN advierte que ambas hipótesis pueden ser afrontadas a partir de una perspectiva dual, la de la compatibilidad de la actuación administrativa con la Ley —la cual se configuraría cuando el acto administrativo se practique sin herir o contradecir el conjunto normativo—, o la de su conformidad —al actuar exactamente como determina la Ley<sup>175</sup>—.

En todo caso, es SCHMIDT-ASSMANN quien resume con gran tino la triple perspectiva que asume la Ley en la contemporaneidad, al afirmar que «la Ley aglutina la pretensión parlamentaria de dirección, la competencia administrativa de ejecución y el mandato judicial de control»<sup>176</sup>

## **2. Tipología de los preceptos normativos – actos administrativos reglados y actos discrecionales**

Una vez establecido que la Administración Pública está subordinada a la Ley mediante una vinculación positiva, cabe distinguir los tipos de preceptos

---

<sup>174</sup> Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. II, cit. p. 465.

<sup>175</sup> Vid. C. EISENMANN, *O Direito administrativo e o princípio da legalidade*, Revista de Direito Administrativo, n.º 56, 1959, p. 54-55.

<sup>176</sup> Vid. E. SCHMIDT-ASSMANN, *La teoría general del Derecho administrativo como un sistema, Objeto y fundamentos de la construcción sistemática*, cit., p. 92.

normativos de los que dispone para la realización de sus cometidos y de qué modo posibilitan el desarrollo de las funciones administrativas.

Al hacer un somero estudio, con propósito meramente introductorio y sin detenerme en matices, se puede distinguir que, mediante la norma habilitante, son dos los tipos los poderes que el legislador confiere al agente público: la potestad reglada y la potestad discrecional.

En un primer análisis y dadas las diferencias de estructura entre las leyes que habilitan el acto vinculado y el acto discrecional, se podría tener la impresión de que la división entre ambos actos es estanca. Ahora bien, al evaluar cuidadosamente la composición de cada acto administrativo, lo que se puede comprobar es que los dos tipos implican tanto elementos vinculados como elementos discrecionales<sup>177</sup>.

En efecto, todo acto administrativo deriva de una previsión legal, por más que para su concreción concorra de forma fundamental el juicio de oportunidad y conveniencia del agente público. De la misma manera, incluso en las hipótesis en las que se verifica una amplia carga de vinculación, siempre habrá un mínimo margen de apreciación.

La verdad es que la estructura de la norma y el correspondiente grado de densidad normativa son los elementos claves para determinar el tipo de poderes con los

---

<sup>177</sup> Se podría suponer que en los casos reglados debería haber una total ausencia de libertad; no obstante, incluso en estos casos, según sostiene RIVERO, hay un ejercicio de libertad por parte del agente público en lo que concierne a la elección del momento en el que lo practica, es decir, el agente público tiene libertad para apreciar el momento en el que le cabe tomar determinada decisión, una vez consideradas las necesidades del caso concreto (*vid.* J. RIVERO, *Direito Administrativo*, *cit.*, p. 95). Sin embargo, a mi parecer, en un planteamiento ideal de la Administración Pública, al considerar que toda su actividad se desarrolla en conformidad con los procedimientos impuestos por la Ley, es esta la que determina los plazos de las decisiones en los casos esencialmente reglados, no habiendo margen de elección para el agente público legitimado por la norma. A mi modo de ver, la posibilidad de escoger el momento oportuno para la decisión en los actos reglados, solo es concebible cuando la legislación no lo establezca explícitamente. Así las cosas, se puede plantear las siguientes cuestiones: ¿se puede obligar a la Administración a que actúe cuando no lo está haciendo?, ¿tiene la Administración deber de actuar? Entiendo que sí, al menos en buena parte de los casos. Lo que ocurre es que esta imposición de actuar no siempre está explícitamente recogida en la norma jurídica, sino que debe extraerse del conjunto normativo. Incluso hay formas procesuales de llevarlo a cabo, como por ejemplo el recurso constitucional por inactividad de la Administración Pública, en España, o el *mandado de segurança por omissão* —orden de seguridad por omisión—, en Brasil.

qué está investida la Administración Pública, con ocasión de la práctica de un determinado acto administrativo.

Evidentemente, una mayor densidad normativa (prevalencia de elementos reglados) conferirá al agente una potestad reglada, una mera actividad de verificación carente de valoración. Por el contrario, si lo que prepondera es la manera de valorar los hechos por parte del agente, el resultado es una potestad discrecional, de modo que su ejercicio implicará un análisis de la conveniencia y de la oportunidad de la práctica del acto, el cual, en palabras de SEVERO GIANNINI, representa el momento final del *iter* de la evaluación de la oportunidad<sup>178</sup>.

Es decir, al agente legitimado le cabrá ponderar las circunstancias de hecho y adoptar la medida que entienda pertinente y hábil para hacer cumplir la finalidad perseguida por la norma. Tal ejercicio de ponderación también ocurre en los casos del poder reglado, aunque en este caso, quien lo lleva a efecto es el legislador<sup>179</sup>, el cual dispone de una expresiva discrecionalidad, tan solo restringida por las balizas constitucionales.

A pesar de reconocer que se pueden usar muchos criterios diferentes para clasificar los tipos de preceptos legales que autorizan las acciones administrativas, adoptaré en este trabajo la sistematización y la nomenclatura utilizada por WOLFF, BACHOF y STOBBER, quienes proponen la siguiente división: Administración vinculada a la Ley de forma indeterminada y Administración discrecional vinculada a la Ley determinada<sup>180</sup>.

En el caso de los actos discrecionales, esto resulta más fácil de percibir dado que la competencia, así como la finalidad que se pretende concretar, están siempre regladas, aunque las posibilidades de vinculación no se agotan con ello, pudiendo la norma establecer el procedimiento, la forma o cualquier otro elemento.

---

<sup>178</sup> Vid. M. SEVERO GIANNINI, *Lezioni di Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1950, p. 100.

<sup>179</sup> Vid. M. SEVERO GIANNINI, *Lezioni di Diritto Amministrativo*, cit., p. 100.

<sup>180</sup> Vid. H. WOLFF, O. BACHOF Y R. STOBBER, *Direito Administrativo*, *Direito Administrativo*, Vol. 1, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 11.ª ed., 2006, p. 448-461.

De esta manera, el acto será discrecional en la medida que la Ley lo permita o, dicho sea de otro modo, dependerá de la cantidad de elementos reglados que conforman la densidad normativa y determina, por exclusión, el exacto margen de elección o valoración conferida al agente público.

A continuación, presentaré los dos tipos de potestades administrativas (reglada y discrecional), así como ciertos aspectos de las mismas que suscitan controversias.

Sin embargo, creo que antes de acometer esta tarea es pertinente hacer una aclaración: considero que los actos reglados pueden derivar tanto de normas que se valen de conceptos jurídicos determinados como de las que hacen uso de conceptos jurídicos indeterminados. En consecuencia, no me adhiero al sector de la doctrina que considera que el último de los casos se está en presencia de supuestos discrecionales. Justo por este motivo y a diferencia de lo que se suele encontrar en la doctrina, trataré los supuestos regulados por conceptos jurídicos imprecisos de forma separada a los actos administrativos discrecionales.

## **2.1. Actos administrativos reglados y conceptos jurídicos determinados**

Según he comentado con anterioridad, una de las formas de atribución de potestades a la Administración Pública se opera mediante mandatos legales imperativos que, además de imponer una acción u omisión administrativa, determinan cómo y cuándo debe decidir el agente público. Al atribuir el poder y definir la competencia, el legislador utiliza conceptos determinados, claros y objetivos, lo que elimina la posibilidad de interpretación o un margen de apreciación, de manera que el juicio llevado a efecto por el agente público competente se limita a su comprensión, y carece de toda interpretación<sup>181</sup>. Es decir, la competencia para actuar está reglada o vinculada íntimamente al precepto normativo habilitante.

---

<sup>181</sup> De acuerdo con E. GRAU, quien a su vez se basa en J. WRÓBLEWSKI, en estos casos la ley establece una situación de isomorfía, de exacta correspondencia entre conceptos y enunciados (*vid.* E. R. GRAU, *A ordem econômica na Constituição de 1988*, Malheiros, São Paulo, 4.ª ed., p. 165).

En estos casos, una vez verificada la concreción fáctica de la hipótesis normativa, surge una obligación de actuación de la Administración Pública<sup>182</sup>, de tal manera que la voluntad del agente público no concurre en la práctica del acto, compitiéndole sencillamente efectuar la subsunción del soporte fáctico en la norma, así como practicar dicho acto, siempre y cuando hagan acto de presencia las condiciones exigidas por la norma. Tampoco hay oportunidad para discusiones en lo referente al contenido de los conceptos legalmente utilizados.

Lo que se produce es un mero ejercicio de verificación de la ocurrencia de la hipótesis indicada de hecho en la Ley, para, a continuación, acometer las medidas por ella determinadas, en conformidad con los parámetros que establece. De este modo, al administrador público no se le concede poder para hacer ningún juicio personal de valoración o evaluación sobre la pertinencia de la medida, sino para practicar un mero juicio de verificación carente de valoración<sup>183</sup>.

De la misma manera, la voluntad del administrador público no contribuye a la definición de cuándo y cómo actuar, y tampoco existe margen alguno de libertad ni en su apreciación de los hechos ni en la definición de los resultados.

Este es un proceso tan sencillo que, como se suele afirmar desde la doctrina, se agota en una operación meramente mecánica, donde el margen de decisión, prácticamente, se reduce a la nada. Con todo, hay quienes sostienen que, incluso en los actos en los que la vinculación pueda parecer extrema, cabe hablar de una discrecionalidad en lo referente a la elección del momento de la práctica del acto, pues habría una libre apreciación sobre cuándo se debería llevar a cabo un determinado acto<sup>184</sup>.

No obstante, por lo que entiendo, en un planteamiento ideal de la actuación administrativa, si se considera que toda su actividad se desarrolla en virtud de

---

<sup>182</sup> Vid. R. ALESSI, *Instituciones de Derecho Administrativo*, cit., p. 187.

<sup>183</sup> Vid. R. ALESSI, *Instituciones de Derecho Administrativo*, cit., p. 187. Para SEVERO GIANNINI se trata de un procedimiento puramente mecánico (vid. M. SEVERO GIANNINI, *Lezioni di Diritto Amministrativo*, cit., p. 100.) o automático, como refieren GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. (vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. 1., cit., p. 479).

<sup>184</sup> Vid. J. RIVERO, *Direito Administrativo*, cit., p. 95.

procedimientos legales, los plazos de las decisiones de los casos reglados están determinados, no habiendo margen de elección para el agente público. La posibilidad de elegir el momento de decisión en los actos reglados, a mi juicio, solamente es concebible cuando la legislación no establezca un plazo, ni tampoco delimite de tal manera el supuesto de hecho, que ello equivalga a la clara determinación del *cuándo* del ejercicio de la potestad.

## **2.2. Actos administrativos reglados y conceptos jurídicos indeterminados**

El modelo de establecimiento de la potestad reglada no se agota en las leyes que se expresan con precisión mediante conceptos y palabras y, por ende, con un contenido definido ex profeso.

De hecho, hay veces en que el legislador, al enunciar un precepto legal, utiliza vocablos de contenido indeterminado, impreciso o vago, de modo que delega en el agente público legitimado la definición de su contenido, quien se debe guiar por la finalidad establecida por la Ley, así como por los parámetros que eventualmente pudieran haberse establecido.

Tales conceptos, tal y como defienden GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, comprenden conceptos de experiencia o de valor, por lo que al apreciar y aplicar el supuesto normativo, al agente público le cabrá, conforme afirma GRAU, superar la indeterminación del término jurídico utilizado por el legislador<sup>185</sup>, definiéndolo.

El empleo de conceptos jurídicos indeterminados puede ocurrir ya sea por la ausencia de técnica legislativa, o por ambigüedades lingüísticas, en virtud de la situación de hecho o, con frecuencia, por una evidente intención del legislador<sup>186</sup>. Al formar parte de un mandato normativo, obviamente, tales enunciados se convierten en

---

<sup>185</sup> Vid. E. R. GRAU. *O direito posto e o direito pressuposto*, Malheiros, São Paulo, 1998, 2.<sup>a</sup> ed., p. 149. El autor, en las páginas anteriores a la reseñada, también desarrolla un interesante estudio sobre la diferenciación entre *conceito* y *término*, concluyendo que el concepto es siempre algo determinado, mientras que lo que es impreciso es el término que lo expresa (p. 147-149).

<sup>186</sup> Vid. A. F. DE SOUSA, *Conceitos indeterminados no Direito administrativo*, Almedina, Coimbra, 1994, p. 57.

conceptos jurídicos indeterminados o, como prefiere una parte de la doctrina, en conceptos legales indeterminados<sup>187</sup>.

SAINZ MORENO, en su notable obra dedicada al estudio de los conceptos jurídicos, subraya que el propósito de la utilización de dichos conceptos no es «crear un vacío normativo dentro de cuyos límites cualquier decisión sea válida», sino más bien, proporcionar a la norma «holgadura necesaria para que, siendo más adaptable a la realidad, el resultado de su aplicación pueda ajustarse con mayor exactitud a la solución que la norma preconiza»<sup>188</sup>.

La presencia de conceptos de contenido impreciso se verifica en los más variados supuestos normativos y su interpretación puede ofrecer dificultades, o no hacerlo, de acuerdo con el grado de indeterminación semántica del enunciado o con el consenso general sobre su contenido. Ahora bien, existen hipótesis que plantean dificultades para la determinación de su contenido y le imponen al agente legitimado, en el ánimo de cumplir la finalidad de la Ley, un complejo estudio del patrón normativo establecido por el legislador<sup>189</sup>.

En estos casos, según algunos sectores de la doctrina, aun reconociendo que hay una cierta zona de penumbra, cuando al agente le cabe concretar el supuesto legal expresado mediante un concepto impreciso, se pone en marcha un proceso cognitivo de juicio o de comprobación que no supone volición o valoración alguna. En consecuencia, dentro de este contexto, solamente habrá una solución posible, la que cumpla efectivamente la finalidad de la norma<sup>190</sup>.

En realidad, al concretar el precepto legal, el agente público define su contenido mediante una acción intelectual<sup>191</sup>, en el exclusivo ámbito del Derecho,

---

<sup>187</sup> La doctrina en general los designa como conceptos jurídicos indeterminados, aunque tanto SAINZ MORENO (vid. F. SAINZ MORENO, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, Madrid, 1976, 1.ª ed., p. 191) como Sousa (vid. A. F. SOUSA, *Conceitos indeterminados no Direito administrativo*, cit., p. 20) también los designan como conceptos legales indeterminados.

<sup>188</sup> Vid. F. SAINZ MORENO, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, cit., p. 194.

<sup>189</sup> Vid. A. F. DE SOUSA, *Conceitos indeterminados no Direito Administrativo*, cit., p. 39.

<sup>190</sup> Vid. M. BELTRÁN DE FELIPE, *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, cit., p. 40-41.

<sup>191</sup> Vid. M. SEVERO GIANNINI, *Lezioni di Diritto Amministrativo*, cit., p. 94.

aunque muchas veces ello demande un complejo procedimiento que, en ciertas ocasiones, se apoya en otras ramas del conocimiento técnico o, inclusive, en las prácticas y costumbres sociales. De esta forma, aunque sea obvio que la tarea de interpretar implique un cierto subjetivismo, jamás podrá ser tomada ni como un margen de libertad para el agente ni como un poder de elección<sup>192</sup>.

Estoy segura de estar en lo cierto al afirmar que la técnica legislativa de utilización de conceptos de contenido impreciso se debe, en gran medida, a la necesidad de mantener el mandato normativo constantemente actualizado ante los cambios sociales y los avances técnicos, así como a la de ajustar el Derecho a los fenómenos sobre los que tiene incidencia.

La adopción de tales conceptos en las normas es capaz de garantizar flexibilidad e innovación en la práctica administrativa<sup>193</sup>, así como de dotar al mandato normativo de más exactitud<sup>194</sup>. Pero ello debe ocurrir, obviamente, sin que se pierda de vista el núcleo esencial del término jurídico capaz de cumplir con la voluntad del legislador<sup>195</sup>.

A su vez, SOUSA corrobora, aún dentro de este mismo contexto, la tesis de que la naturaleza de las funciones administrativas y el hecho de que estas deban atender las necesidades sociales en «tempo e modo adequado aos imponderáveis da vida administrativa»<sup>196</sup>, también son determinantes para la profusa utilización de conceptos de esta naturaleza en el Derecho administrativo.

Estas aclaraciones confirman que la utilización de conceptos jurídicos indeterminados no convierte la norma en un modelo deficiente, sino que cuando se hace buen uso de estos conceptos, viene a parar en justo lo contrario: ya que permite que

---

<sup>192</sup> Vid. A. RODRIGUES QUEIRÓ. *Os limites do poder discricionário das autoridades administrativas*, Revista de Direito Administrativo, N.º 97, (1969), p. 2.

<sup>193</sup> Vid. H. WOLFF, O. BACHOF Y R. STÖBER, *Direito Administrativo*, cit., p. 450-451.

<sup>194</sup> Vid. F. SAINZ MORENO, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, cit., p. 194.

<sup>195</sup> Vid. F. SAINZ MORENO. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, cit., p. 194.

<sup>196</sup> Vid. A. F. DE SOUSA, *A Discricionariedade administrativa*, Danúbio, Lisboa, 1987, s/ed., p. 74.



pueda ser más efectiva y dar respuesta más adecuada a las hipótesis fácticas que demandaron su publicación.

### **2.2.1. Aspectos controvertidos de los conceptos jurídicos indeterminados**

Si bien es cierto que la necesidad y la pertinencia de la adopción y uso de la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados por parte del legislador no suscita controversias, no se puede afirmar lo mismo sobre la naturaleza de la potestad de la que dispone el agente público al definir el contenido del concepto. Esto es así, sobre todo, porque el alcance y el grado de indeterminación de cada concepto suele albergar grandes diferencias.

La trascendencia práctica de esta cuestión es el control jurisdiccional del ejercicio de la potestad. De manera que, siendo importante la clarificación conceptual, su trascendencia práctica es significativa, toda vez que remite a la cuestión de hasta dónde puede llegar el juez en el momento de controlar el ejercicio de la potestad.

La doctrina plantea distintas y polémicas concepciones que han sido objeto de estudios específicos. Para esta tesis, los que tienen mayor relevancia son tres: en primer lugar, aquellos que afirman que tal técnica atribuye un poder discrecional, a continuación, los que defienden que posibilitan un margen de apreciación y, por último, los que sostienen que dicha técnica legislativa confiere al agente público un poder vinculado<sup>197</sup>.

Hay cierta unanimidad entre los autores en el reconocimiento de la importancia de los intensos debates que se desarrollaron en Alemania a lo largo del siglo XX, acerca de la naturaleza de la potestad atribuida por la técnica legislativa de los conceptos jurídicos indeterminados<sup>198</sup>. En otros países del bloque occidental se verifican asimismo relevantes discusiones sobre el tema, aunque, para respetar los

---

<sup>197</sup> Vid. A. F. DE SOUSA, *A Discricionariedade administrativa*, cit., p. 74.

<sup>198</sup> Sousa cita los estudios de TEZNER, BÜHLER, SCHEUNER y JÖHR, como adalides de la defensa de la teoría de la unicidad y, en una posición contraria, los estudios de LEMAYER, BERNATZIK, JELLINEK y FORSTHOFF, los cuales defienden la teoría de la duplicidad.

propósitos metodológicos de este trabajo, solo destaco dos de ellas: la teoría de la unicidad y la teoría de la duplicidad o multivalencia.

De acuerdo con la primera, los conceptos legales indeterminados son conceptos jurídicos de hecho, y de ahí que la potestad que atribuyen esté vinculada. En consecuencia, cuando el gestor público practica un acto fundamentado en uno de dichos conceptos, debe atenerse al sentido de la Ley, a la técnica o a la opinión común<sup>199</sup>, de manera que solamente habrá una solución posible para cada caso concreto.

GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ se adhieren a esta tesis, advirtiendo el mérito de la doctrina alemana al proceder a la distinción entre los dos supuestos. Afirman tajantemente que la indeterminación del enunciado no resulta en una indeterminación en su aplicación, dado que se refieren a «supuestos concretos y no a vaguedades imprecisas o contradictorias»<sup>200</sup>. Desde esta perspectiva, aseveran que el juicio de interpretación, o en sus palabras, la actividad de cognición sobre el contenido del concepto indeterminado ejercida en cada caso concreto tiene cariz objetivo. Por ello, defienden que en cada caso hay una «unidad de solución justa»<sup>201</sup>, derivada de la cognición sobre los conceptos utilizados por la Ley, ya sean por la experiencia, o por su valor.

Lo que importa remarcar de tal teoría es que, al reconocer que se trata de una actividad cognitiva, los autores promueven una separación conceptual entre el «juicio de disyunción» (al que remite el concepto jurídico indeterminado) y el «juicio de volición» (al que remite la potestad discrecional). Al concebirlos de esta forma, sostienen que no hay una equivalencia entre la tarea del agente público de definir un concepto jurídico indeterminado y la libertad de elección típica de los casos de discrecionalidad administrativa<sup>202</sup>.

---

<sup>199</sup> Vid. A. F. DE SOUSA, *A Discricionariade administrativa*, cit., p. 76-79.

<sup>200</sup> Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, cit., p. 482.

<sup>201</sup> Para RODRIGUES QUEIRÓ, por ejemplo, esta unidad de solución justa es, precisamente, lo que demuestra que se trata de acto vinculado (vid. A. RODRIGUES QUEIRÓ, *Os limites do poder discricionário das autoridades administrativas*, cit., p. 2).

<sup>202</sup> Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, cit., p. 482.

GALLEGO ANABITARTE Y MARCO FERNÁNDEZ refuerzan esta idea al afirmar que el empleo de conceptos jurídicos indeterminados no implica una autorización legislativa para la libre actuación del agente público, una vez que impone «cuál debe ser el sentido de su actuación en cada caso». De esta manera, le cabe al agente identificar cuál es la finalidad de la Ley que el legislador pretende y, a partir de ella, precisar (identificar) el contenido de los conceptos indeterminados<sup>203</sup>.

Esta opinión también es compartida por SAINZ MORENO, quien asevera que, en las hipótesis en las que el criterio de decisión está vinculado a un concepto jurídico indeterminado, no se produce la atribución de una facultad discrecional. Para el autor, «todo concepto jurídico, cualquiera que sea el grado de su indeterminación, expresa una idea que puede servir de criterio para una decisión en cuanto que puede ser utilizado en juicios de verdad»<sup>204</sup> y al derivarse dicho criterio de una Ley, lo que se da es una «simple intensificación de la credibilidad en el acierto y legalidad de la decisión, esto es, intensificación de la «presunción» de la validez»<sup>205</sup>.

Por último, al hacer abstracción de la controversia sobre la existencia o no de una pluralidad de soluciones justas, GRAU sostiene que la función del agente público se reduce a completar los conceptos jurídicos indeterminados mediante la aplicación de la Ley con plenitud. Por lo tanto, tal ejercicio jamás podrá confundirse o equipararse con un juicio discrecional, en la medida en que en estos casos se ejercita un juicio de oportunidad, mientras que en las hipótesis que se valen de términos jurídicos indeterminados, el juicio es únicamente de legalidad<sup>206</sup>.

A mi modesto entender, esto es así precisamente porque la tarea del agente público se resume a interpretar la voluntad concreta de la Ley en cada caso, y a proponerse alcanzar su finalidad.

---

<sup>203</sup> Vid. A. GALLEGO ANABITARTE y A. MARCOS FERNÁNDEZ, *Derecho Administrativo I – Materiales*, Madrid, Cofas, Fuenlabrada, 1996, 8.ª Reimpresión corregida, p. 341 y 342.

<sup>204</sup> Vid. F. SAINZ MORENO, *Conceptos Jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, cit., p. 347.

<sup>205</sup> Vid. F. SAINZ MORENO, *Conceptos Jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, cit., p. 312.

<sup>206</sup> Vid. E. R. GRAU, *Direito Posto e Direito Pressuposto*, cit., p. 150.

Por lo tanto, la teoría de la unicidad propugna la total ausencia de valoración personal del agente en la práctica del acto administrativo derivado de una potestad reglada por términos imprecisos, reconociendo que lo que sí se produce es un ejercicio de mera interpretación o comprobación, no habiendo margen para el libre albedrío.

Por el contrario, la teoría de la duplicidad se asienta en los postulados de que la aplicación del Derecho no representa nada más que un silogismo y que la definición de un concepto legal indeterminado es resultado de un «proceso interpretativo» encadenado que resulta en una discrecionalidad, dada la pluralidad de soluciones posibles<sup>207</sup>.

Uno de los defensores de dicha concepción es DREIER<sup>208</sup>, quien sostiene que el margen de decisión típico del poder ejecutivo puede manifestarse bajo la forma de conceptos jurídicos indeterminados, de potestad discrecional, de margen de apreciación, de libertad de configuración en la planificación y de discrecionalidad volitiva y cognitiva.

Según el mismo autor, dicho juicio administrativo se constituye en un proceso de cariz político, en el que participan elementos de elección, ponderación y valoración, bajo un control jurisdiccional de intensidad variada<sup>209</sup>, que depende de la densidad normativa de la Ley habilitante.

A continuación, afirma que todas estas situaciones de la praxis administrativa tienen la misma naturaleza jurídica y se derivan de los llamados «déficits de normación estructuralmente condicionados», muy comunes en los casos «de la planificación especial y general del territorio», entre otros.<sup>210</sup>

Como explica SOUSA, aún dentro del contexto alemán, FORSTHOFF, al defender tal doctrina, hizo una distinción entre los conceptos empíricos —en los que solo se precisa emplear una sencilla operación lógica— y los conceptos de valor —los

---

<sup>207</sup> Vid. A. F. DE SOUSA, *A Discrecionalidade administrativa*, cit., p. 76.

<sup>208</sup> Vid. H. DREIER, *En torno a la «independencia» de la Administración*, Revista Documentación Administrativa, 1993, n. 234, *El Derecho Administrativo en Alemania*, p. 274.

<sup>209</sup> Vid. H. DREIER, *En torno a la «independencia» de la Administración*, cit., p. 270.

<sup>210</sup> Vid. H. DREIER, *En torno a la «independencia» de la Administración*, cit., p. 270

que requieren un proceso de elección para la aclaración de su contenido —. Justo por ello, reconoce que mientras que en el caso de los primeros, es impensable hablar de un juicio discrecional, en lo concerniente a los conceptos de valor, ellos son esencialmente discrecionales, es decir, una «autorización para una mera valoración autónoma»<sup>211</sup>.

IGARTUA SALAVERRÍA propone una disección de la discrecionalidad mediante la que identifica dos tipos elementales: una discrecionalidad interpretativa, típica de los casos en que la norma se enuncia mediante conceptos indeterminados, y otra estratégica, que ocurre cuando la norma no prescribe «cuál de los, de entre los medios conducentes a un fin, ha de adoptarse»<sup>212</sup>. Y aduce, que pese a la distinción, los dos tipos de discrecionalidad pueden hacer acto de presencia en una única potestad discrecional<sup>213</sup>.

La controversia perdura y no se agota en el modelo alemán. Es interesante aludir que, tanto la doctrina francesa como la italiana surgieron a partir de dicho modelo, aunque con matices muy distintos y peculiares. La primera se cimentó en la noción de que la discusión sobre las cuestiones vagas o indeterminadas se centra en los motivos del acto, tal y como observa ZANELLA DI PIETRO. La autora resalta, además, la tendencia habida en la jurisprudencia francesa de ampliar el control sobre estos casos, precisamente mediante el análisis de los motivos y de la aplicación de la teoría del error manifiesto y del principio de la proporcionalidad<sup>214</sup>.

En Italia, por decirlo de modo muy sucinto, la doctrina distinguió entre la discrecionalidad técnica y la administrativa, tesis preconizada especialmente por ALESSI, y que defiende que, ciertas veces, las opciones administrativas deben regirse, en exclusiva, por criterios, reglas y conocimientos técnicos, sin tener en cuenta el juicio de valor del agente. En estos casos, habría una discrecionalidad técnica enfocada en el atendimento del interés público concreto<sup>215</sup>.

---

<sup>211</sup> Vid. A. F. DE SOUSA, *Conceitos Indeterminados no Direito Administrativo*, cit., p. 42.

<sup>212</sup> Vid. J. IGARTUA SALAVERRÍA, *Principio de legalidad, conceptos indeterminados y discrecionalidad administrativa*, REDA, (1996) 92, p. 544

<sup>213</sup> Vid. J. IGARTUA SALAVERRÍA, *Principio de legalidad, conceptos indeterminados y discrecionalidad administrativa*, cit., p. 544

<sup>214</sup> Vid. M. S. ZANELLA DI PIETRO, *Discrecionalidade Administrativa na Constituição de 1988*, Atlas, São Paulo, 2001, 2.ª ed., p. 110.

<sup>215</sup> Vid. R. ALESSI, *Instituciones de Derecho Administrativo*, cit., p. 195.

En cuanto a la discrecionalidad administrativa, afirma que consiste en un margen de apreciación del interés público del que se deriva una decisión, o bien sobre la oportunidad de actuar, o sobre el contenido de dicha actuación. Los criterios para la toma de decisiones son únicamente administrativos, de forma que el agente público debe llevar a cabo un examen comparativo entre el interés público tutelado por la norma y «una forma de actividad como medio adecuado para su satisfacción»<sup>216</sup>.

Lo que se puede percibir es que los conceptos técnicos o de experiencia son admitidos como discrecionales, a pesar de que tienen una delimitación objetiva en la norma técnica, premisa a mi juicio innegable y que permite un control de legalidad estricta.

De todas formas, estas conclusiones distan de gozar de unanimidad y, de hecho, son rechazadas por una considerable parte de la doctrina, disconforme con una eventual ausencia de control sobre una parcela de poder en la que este se podría efectuar fácilmente, mediante el examen jurisdiccional de sus estrictos parámetros técnicos.

Esta pequeña digresión sobre los panoramas alemán e italiano se justifica dado que, en el escenario brasileño, si es bien cierto que todavía subsiste una polémica que se centra en las dos corrientes alemanas antes mencionadas<sup>217</sup>, también lo es que hay algunos juristas que se apoyan en la teoría de la discrecionalidad técnica.

Mejor dicho, hay juristas que defienden que las hipótesis normativas que utilicen términos jurídicos de cariz impreciso tan solo necesitan una interpretación que establezca su contenido; la mayoría de los juristas se sitúan en el polo opuesto, pues advierten que los conceptos jurídicos imprecisos pueden conferir una cierta discrecionalidad a la Administración Pública.

En este contexto, algunos autores hacen una distinción entre lo que consideran conceptos de la experiencia o técnicos y conceptos de valor, sosteniendo que en los primeros no existe discrecionalidad, dada la posibilidad de precisar su contenido

---

<sup>216</sup> Vid. R. ALESSI, *Instituciones de Derecho Administrativo*, cit., p. 195.

<sup>217</sup> Vid. M. S. ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo*, Atlas, São Paulo, 2004, 17.ª ed., p. 208.

de manera objetiva, mientras que sí que la reconocen en el caso de los segundos, ya que la precisión de su contenido necesita una apreciación del interés público<sup>218</sup>.

A mediados del siglo XX, OSVALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, quien a pesar de adherirse a la separación propugnada por la doctrina italiana entre la discrecionalidad pura (ejercitada en los límites *latos* de la Ley) y la discrecionalidad calificada (cuyos límites son trazados en virtud de exigencias técnicas), afirmaba que no se puede hablar de discrecionalidad técnica en la medida en que esta «elucida a atividade administrativa ou coopera para seu bom desempenho»<sup>219</sup>. A su juicio, los elementos técnicos no siempre son rígidos y precisos, pudiendo asumir facetas más flexibles y elásticas, lo que abre la puerta a un juicio de valor subjetivo del agente público.

CELSONO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO rechaza la tesis de que los conceptos jurídicos indeterminados escapen por completo de la noción de discrecionalidad. Reconoce que hay veces en que es posible que, del juicio de determinación de su contenido, se deriven distintas intelecciones, razonables por igual y que no contravengan la Ley, lo que otorga al administrador una libertad intelectual. Esta libertad, según él, tiene el mismo valor y los mismos efectos jurídicos que la libertad volitiva identificada en los casos clásicos de discrecionalidad administrativa.

Sin embargo, argumenta que los conceptos vagos solo dan lugar a la discrecionalidad excepcionalmente, reconociendo, desde luego, que se debe evaluar la densidad normativa en cada caso concreto, a partir de la identificación de los elementos sobre los que no restan dudas y sobre los que las generan. Más aún, indica que la imprecisión de los términos en el contexto de las leyes es siempre relativa, pues siempre hay referencias que permiten identificar el ámbito de su significado, reduciendo la indeterminación al mínimo<sup>220</sup>.

---

<sup>218</sup> Vid. M. S. ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo*, cit., p. 208-209.

<sup>219</sup> Vid. O. A. BANDEIRA DE MELLO, *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, Vol. I, 2.<sup>a</sup> ed., 1979, p. 475.

<sup>220</sup> Vid. C. A. BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, 14.<sup>a</sup> ed., Malheiros, São Paulo, 2002, p. 822.

Dentro del contexto brasileño parece haber una tendencia a considerar que no es posible definir *a priori* si la utilización de conceptos imprecisos atribuye discrecionalidad al agente público, lo que determina que la hipótesis normativa se evalúe en cada caso concreto<sup>221</sup>.

### 2.2.2. Libertad de apreciación y libertad de decisión

Modestamente, me adhiero a la corriente de la doctrina que entiende que no se puede considerar discrecional al juicio interpretativo<sup>222</sup> ejercitado por el agente público para realizar la subsunción del hecho en la norma, pues no hay libertad de apreciación y de decisión. A lo que hay que añadir que el resultado de la integración del concepto solo puede ser uno: no existe una diversidad de opciones, sino sólo una.

A mi juicio, la definición que realiza el agente público acerca de lo que es el contenido del concepto normativo, consiste únicamente en un ejercicio de intelección centrado en la realidad en la que se encajan los hechos o en el contexto técnico de la que se derivan. Esto también ocurre, inclusive, en los supuestos que demanden un juicio más complejo, una vez que el resultado del procedimiento jamás obedecerá a criterios subjetivos del agente legitimado para ejercerlo.

El mandato normativo que presente un concepto jurídico impreciso confiere al administrador público un poder vinculado, ya sea cuando se trate de un concepto de experiencia, o cuando demande una búsqueda en la técnica de otra rama del conocimiento, o cuando se trate de un juicio de valor y sea necesario recurrir a la praxis social, a las costumbres o al comportamiento del *bonus pater familiae*.

Reitero con ánimo de enfatizar que esto es así dado que el legislador definió a propósito el concepto del interés público a ser protegido, de manera que lo que hay

---

<sup>221</sup> Vid. M. S. ZANELLA DI PIETRO, *Discrecionalidade Administrativa na Constituição de 1988*, cit., p. 131.

<sup>222</sup> Sobre este tema, FORSTHOF considera que tales conceptos «se refieren a hechos, situaciones y circunstancias empíricas» y que su aplicación no requiere más que una interpretación (vid. E. FORSTHOF, *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., p. 125 y 132). En el mismo sentido, WOLFF, BACHOF y STOBBER sostienen que la averiguación del contenido del concepto indeterminado es una cuestión de derecho (vid. H. WOLFF, O. BACHOF y R. STOBBER, cit., p. 451). IGARTUA SALAVERRÍA también defiende el mismo entendimiento (vid. J. IGARTUA SALAVERRÍA, *Discrecionalidad y motivación. Algunos aspectos teóricos-generales*, *Revista Vasca de Administración Pública*, (2002), n.º 64, p.125).



que cumplir de forma estricta es la finalidad de la norma, sin contaminar la decisión con las valoraciones personales del agente público. En palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, lo que hace el agente público es, precisamente, definir los límites de la esfera de realidad prevista por la Ley<sup>223</sup>, singularizada, aunque imprecisa<sup>224</sup>.

Lo que existe, por lo tanto, es un poder reglado, aunque el contenido del concepto sea impreciso, pues la finalidad de la Ley que establece el legislador, junto con el interés público que defiende y protege, son elementos vinculadores suficientes para determinar objetivamente cuál es la acepción del término que mejor se ajusta al supuesto normativo.

A mi juicio, en el caso que sea cierto que la definición de concepto jurídico indeterminado pueda exigir una cierta dosis de subjetividad, esta reside en la experiencia social o técnica, pero jamás en el agente. Es decir, la subjetividad no recae en el agente al hacer una interpretación, sino en la sociedad al proporcionar los elementos para la definición; no es el intelecto del agente el que indica la solución, sino la experiencia práctica y el sentido común. No es la voluntad del agente público ni sus juicios de valor los que deben intervenir en la definición de cómo se tiene que entender un determinado concepto.

De ahí que el control judicial pueda ser pleno, de manera que el juez contencioso pueda concluir, sobre la base de la aplicación de esos elementos dados, que la integración del concepto realizada por el agente administrativo no es correcta, sustituyéndola. Esto es lo decisivo.

En virtud de ello, no existe una libertad del agente público propiamente dicha, sino un deber de adecuación del concepto a la finalidad impuesta por la Ley

---

<sup>223</sup> Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, cit., p. 482.

<sup>224</sup> Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 1.ª ed., 2009, p. 232.

habilitante que se debe lograr<sup>225</sup>, la cual orienta la interpretación del concepto según la realidad de los hechos o, eventualmente, según los recursos técnicos capaces de proporcionar precisión. Además, tal y como remarcan GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, lo que se tiene en tales supuestos es una indeterminación del concepto y no una indeterminación de su aplicación<sup>226</sup>, lo que a mi modo de ver, escapa de un subjetivismo casuístico del agente legitimado.

Cuando el enunciado normativo utiliza conceptos jurídicos imprecisos, el marco jurídico que se le plantea al agente público no es el de una diversidad de soluciones posibles, sino es de unicidad, tal y como aclara GARCÍA DE ENTERRÍA. Esto se debe a que, en cada caso concreto, solo hay una solución capaz de concretar los fines de la norma, lo que demuestra que se trata de una actividad puramente reglada<sup>227</sup>.

La importancia de definir la naturaleza jurídica del poder otorgado al agente público en los casos de Ley en los que intervienen conceptos jurídicos indeterminados se restringe al tema del control externo de los actos administrativos, tema que suscita muchas discusiones ya que, de cierta manera, presupone una cierta limitación de la actuación del Poder Ejecutivo.

Sin embargo, el acierto de la teoría de quienes propugnan la ausencia de identidad entre los supuestos que contienen conceptos jurídicos indeterminados y los que otorgan competencia discrecional, consiste en que la discrecionalidad siempre va a conllevar cierta libertad de elección sobre algún aspecto de la hipótesis normativa, lo que no ocurre en el caso de mera imprecisión del concepto.

El protagonismo del libre albedrío del agente público no ocurre en los casos vinculados a conceptos de definición imprecisa, ya que la imprecisión del concepto no requiere nada más que el agente utilice datos de la experiencia práctica o técnica para su definición, estando a ellos vinculado. En este contexto, lo que necesita es recurrir a la

---

<sup>225</sup> Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 1983, 3.<sup>a</sup> ed., p. 36-37. En el mismo sentido, vid. A. GALLEGO ANABITARTE y A. DE MARCOS FERNÁNDEZ, *Derecho Administrativo I*, cit. p. 341.

<sup>226</sup> Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, cit., p. 482.

<sup>227</sup> Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo*, cit., p. 35.

conceptualización introducida por otra rama del conocimiento o, inclusive, a la practicada en sociedad usualmente, de modo que no tiene libertad de elección.

Considero, en suma, que aunque se pueda creer que existe alguna situación en la que, aparentemente, la definición del concepto indeterminado genere múltiples acepciones, dando a entender que al agente público le tocaría optar por una de ellas, esto no sucede de hecho. Lo que ocurre en estos supuestos es, sencillamente, que el agente no agota el ejercicio de definición precisa del concepto. Esto es así dado que es solo una la acepción que se ajusta al interés público protegido por la norma habilitante y cumple con la finalidad buscada por la misma, al igual que acontece con todas las demás potestades regladas.

### **2.3. Actos administrativos discrecionales**

El término discrecionalidad tiene sus raíces en el vocablo latino *discritione* y las comparte con los verbos transitivos *discerno*, *discrevi*, *discretum*, *discernere*, cuyos significados son, respectivamente, separar, discernir, distinguir sin límites. A simple vista, de aquí se puede concluir que el significado de discrecional está relacionado con la discreción, con la libre apreciación, con el discernimiento.

Desde la perspectiva jurídica, el término cualifica un tipo de potestad a cargo de la Administración Pública, y que se manifiesta mediante el poder de decidir sobre una determinada hipótesis, para la cual se presentan distintas soluciones, a partir de un juicio de apreciación subjetivo vinculado, esencialmente, al discernimiento y a la ponderación del agente legalmente competente.

El tema de la discrecionalidad, como ya he dicho, suscita grandes discusiones. En primer lugar, es relevante mencionar la advertencia de FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, quien al analizar con rigor la expresión poder discrecional, afirma que ella representa un equívoco. Sostiene que «supone de suyo una redundancia porque el adjetivo discrecional duplica en cierto modo el substantivo poder al que pretende

calificar»<sup>228</sup>. Sin embargo, a pesar de no ser el único que así lo considera, la doctrina mayoritaria ha consagrado la expresión poder discrecional o potestad discrecional, algo que se abordará en este trabajo.

Una vez dicho esto, no está de más mencionar que la doctrina es unánime en afirmar que la discrecionalidad siempre ha sido uno de los grandes temas del Derecho público, especialmente, del Derecho administrativo<sup>229</sup>, posiblemente, porque «es uno de los conceptos con más significados diferentes y más difíciles de la teoría del Derecho»<sup>230</sup>.

Los debates sobre el tema son profusos y aún continúan apareciendo estudios y tesis en todas las ramas del Derecho, que tratan el tema con las más diversas propuestas. De hecho, el análisis de la potestad discrecional siempre ha sido una de las labores más complejas de los investigadores del Derecho y ha provocado discusiones que, además de ser abundantes y de todas las índoles, parecen no convocar el consenso.

En el contexto del Derecho administrativo<sup>231</sup>, la situación no es diferente, sino que se acentúa, pues como subraya FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «la batalla de la discrecionalidad es así una batalla permanente y permanentemente inconclusa, que, no bien parece ganada, vuelve a recrudecerse de forma inopinada en el momento más inesperado y en la que sólo con la ayuda de la Historia es posible apreciar el sentido general de su evolución»<sup>232</sup>.

A pesar de que para la función ejecutiva, es imprescindible la posibilidad de apreciar aspectos singulares de determinadas hipótesis de hecho, tal y como remarca una parte de la doctrina, para hacer justicia en el caso concreto<sup>233</sup>, hay quienes ven con

---

<sup>228</sup> Vid. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *De la arbitrariedad de la Administración*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 5.ª ed., 2008, p. 27.

<sup>229</sup> Vid. H. MAURER, *Direito Administrativo Geral*, Manole, São Paulo, 2006, p. 163. En el mismo sentido, vid. T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *De la arbitrariedad de la administración*, cit., p. 25.

<sup>230</sup> Vid. K. ENGISCH, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2004, p. 214.

<sup>231</sup> Vid. T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Poder Discrecional y Constitución*, Revista Otrosi, Madrid, 2011, n.º 7, p. 7.

<sup>232</sup> Vid. T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *De la arbitrariedad de la administración*, cit., p. 30.

<sup>233</sup> Vid. H. MAURER, *Direito Administrativo Geral*, cit., p. 146.

reservas la discrecionalidad. Esto es así, dado que hay autores que consideran que consiste en un apoderamiento por parte del agente público, en una indebida renuncia del legislador a agotar el tipo normativo o, inclusive, en «un último reducto de la antigua arbitrariedad»<sup>234</sup>.

Por ello, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ afirman que, hoy en día, la tarea capital del Derecho administrativo es la de justificar su existencia a partir del orden constitucional y legal existente<sup>235</sup>.

La discrecionalidad, en el contexto normativo, surge en contrapartida a las anteriores hipótesis de vinculación administrativa plena, objetiva o imprecisa, y consiste en la atribución legal al agente público para elegir entre dos o más soluciones posibles con el objeto de realizar una cierta finalidad de interés público. Es un margen de libertad en la apreciación sobre los hechos materiales, a partir de un juicio de conveniencia y de oportunidad sobre la adopción de determinada conducta.

Dicho poder se ejercita mediante un análisis del interés público primario que determina cada caso concreto, para lo que es importante que se lleve a cabo, en ciertas situaciones, un análisis comparativo entre el interés público y el privado tutelado en el ordenamiento. Todo ello con la finalidad de adoptar la decisión más oportuna, tal y como remarca SEVERO GIANNINI<sup>236</sup>.

El autor, asimismo, observa que la ponderación no es algo connatural y que se restrinja a la actividad administrativa discrecional, pues también está presente en los actos vinculados; de modo que lo que cambia es el sujeto que la lleva a efecto: en los actos vinculados, es el legislador quien efectúa dicha ponderación, mientras que, en los actos discrecionales, esto le cabe el administrador público<sup>237</sup>.

---

<sup>234</sup> Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, cit., p. 480.

<sup>235</sup> Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, cit., p. 481.

<sup>236</sup> Vid. M. SEVERO GIANNINI, *Lezioni di Diritto Amministrativo*, cit., p. 98.

<sup>237</sup> Vid. M. SEVERO GIANNINI, *Lezioni di Diritto Amministrativo*, cit., p. 100.

La libertad para decidir que se le otorga al agente público puede ser más o menos amplia, de acuerdo con el grado de densidad normativa que el enunciado legal establece, aunque en hipótesis alguna puede admitirse que sea ilimitada. Una total libertad, en el plano de la Administración Pública, no representa nada más que una arbitrariedad, un modo de actuar que no se adecúa a la moderna concepción del Derecho administrativo, el cual se caracteriza tanto por el establecimiento de límites como por el ejercicio de controles sobre la actividad de la Administración Pública.

Dicha potestad se traduce en el otorgamiento al agente público de un margen de apreciación de los hechos y la posibilidad de elegir y de adoptar una cierta solución entre las diversas que se le presenten. Esto se opera a partir de un juicio motivado, mediante el que se esclarece la razón por la que considera que tal conducta cumple mejor los designios de la norma habilitante, adecuándose a cualquier parámetro que se pueda haber establecido para la misma. Al fin y al cabo, se exige que las opciones que adopta el administrador público al practicar el acto administrativo sean coherentes con los hechos que la causaron<sup>238</sup>.

La doctrina reconoce que este poder de elección es imprescindible, legítimo<sup>239</sup> y esencial para la puesta en marcha de toda la actividad ejecutiva; a pesar de que es, asimismo, una de las más controvertidas potestades atribuidas al administrador público, la cual suscita considerables polémicas, tal y como ya he mencionado anteriormente.

A mi juicio, al hacer un análisis muy sencillo, las discordancias sobre la discrecionalidad surgen, en gran medida, en virtud de la multiplicidad de significados y de facetas que adopta el tema, circunstancia que hace de ella uno de los más difíciles conceptos de la teoría del derecho<sup>240</sup>. De cualquier forma, es evidente que la causa de que sea una típica cuestión objeto de controversia en el ámbito del Derecho administrativo<sup>241</sup>, radica en las proporciones del control judicial que se ejerce sobre la actividad discrecional.

---

<sup>238</sup> Vid. T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *De la arbitrariedad de la administración*, cit., p. 84.

<sup>239</sup> Vid. M. BELTRÁN DE FELIPE, *Discrecionalidad Administrativa y Constitución*, cit., p. 97.

<sup>240</sup> Vid. K. ENGISCH, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, cit., p. 2004.

<sup>241</sup> Vid. H. WOLFF, O. BACHOF, R. STÖBER. *Direito Administrativo*, cit., p. 461.

Esto es así hasta tal punto que, en primer lugar, el trabajo del jurista contemporáneo acerca de la discrecionalidad empieza por demostrar que, además de ser inevitable, el margen de apreciación que se otorga al agente público es un componente fundamental para la actividad administrativa y un buen mecanismo de actuación<sup>242</sup> en pro del desarrollo de los cometidos estatales.

Esta labor culmina, o debería culminar, según entiendo, con la presentación de un buen sistema de control de la discrecionalidad, para garantizar no solo que la finalidad legal se cumple, sino para proteger a los ciudadanos frente a las arbitrariedades del administrador público. Efectivamente, el único medio de generar la necesaria confianza en los administrados para que lleguen a la conclusión de que la posibilidad de una valoración administrativa en ciertas hipótesis no subvierte el propio sistema, es el de establecer con claridad, por un lado, cuál es el régimen de garantías existente para salvaguardar el interés público y, por otro, cuáles son las técnicas de control disponibles. Sin embargo, este tema es, precisamente, el más difícil y el más controvertido de la problemática discrecional.

### **2.3.1. Consustancialidad de la discrecionalidad en la función ejecutiva**

Lejos de representar cualquier tipo de ofensa a la teoría del Estado de Derecho, especialmente en lo pertinente a la legalidad<sup>243</sup>, la potestad discrecional se legitima porque deriva directamente de una Ley. A esta le compete delimitar o *quantum* de poder atribuido, a quién le compete ejercerlo, los parámetros de tal ejercicio y la finalidad que se deberá concretar, la cual siempre deberá atender al interés público.

Estos parámetros legales (legitimación, *quantum* de poder, finalidad...) consisten, de hecho, en elementos reglados que delimitan la potestad discrecional, aunque esta delimitación no se agota en ellos, pues como propone SAINZ MORENO,

---

<sup>242</sup> Vid. K. ENGISCH, *Introducción al pensamiento jurídico*, cit., p. 224.

<sup>243</sup> Vid. J. RIVERO, *Direito Administrativo*, cit., p. 96.

dicha potestad también está delimitada «por el criterio de su concordancia racional con la noción de interés público»<sup>244</sup>.

Sin embargo, tal y como aclara GARCÍA DE ENTERRÍA, el interés público es un concepto legal «de alcance indeterminado», una vez que «no permite una aplicación precisa, determinada e inequívoca en un supuesto dado»<sup>245</sup>, si bien tiene «un ámbito limitado de actuación perfectamente singularizado»<sup>246</sup>. Esto puede suponer, inclusive, una dificultad para la concreción de la potestad reglada por conceptos indeterminados y, sobre todo, para el control de los actos administrativos que de dicha potestad se derivan.

Este margen de libertad de actuación con el que se confiere al agente público, en palabras de SEVERO GIANNINI, puede referirse al presupuesto o al motivo (*an habeatur*), a la forma (*quomodo habeatur*) o al objeto (*quid habeatur*)<sup>247</sup>. Según simplifica MAURER, también puede materializarse como poder de resolución (el administrador público elige si actuará) o de selección (el administrador podrá elegir qué forma de actuación es la más conveniente)<sup>248</sup>.

El estudio de ALESSI, a su vez, presenta una identificación de los casos en los que el administrador público puede valorar la oportunidad o no de actuar, que personalmente considero bastante precisa y didáctica. Básicamente, distingue hipótesis en las que la actividad, pese a estar reglada en lo relativo a su realización, permite que el agente público decida sobre su contenido. Además, indica que, en otros casos, el reglamento del contenido de la actividad administrativa está reglado y, por el contrario, su realización es discrecional. Finalmente, sostiene que es posible visualizar supuestos en los que tanto la realización como el contenido son discrecionales<sup>249</sup>.

---

<sup>244</sup> Vid. F. SAINZ MORENO, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, cit., p. 350.

<sup>245</sup> Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado*, Revista Española de Derecho Administrativo, (1989), n.º 96, p. 71.

<sup>246</sup> Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado*, cit., p. 71.

<sup>247</sup> Vid. M. SEVERO GIANNINI, *Lezione di Diritto Amministrativo*, cit., p. 99.

<sup>248</sup> Vid. H. MAURER, *Direito Administrativo Geral*, cit., p. 143.

<sup>249</sup> Vid. R. ALESSI, *Instituciones de Derecho Administrativo*, cit., p. 187-188.



De cualquier forma, el protagonismo legislativo en este tema opera en dos frentes: en primer lugar, atribuye la potestad al Poder Ejecutivo; a continuación, delimita el alcance del control a ser ejercido por el Poder Judicial<sup>250</sup>.

A pesar que no son raros los temores acerca de la libertad de actuación, lo que ha generado contundentes manifestaciones doctrinales<sup>251</sup>, la actual situación de este asunto demuestra que la discrecionalidad es un elemento peculiar de la actividad administrativa<sup>252</sup> tan relevante, que se la llega a considerar inevitable para la ejecución de los cometidos estatales<sup>253</sup>.

En primer lugar, debido a que al legislador le resulta imposible prever de antemano todas las hipótesis de conductas administrativas. En segundo, porque reducir las acciones del Poder Ejecutivo al exclusivo acometimiento de una tarea de subsunción, sería subvertir la propia naturaleza de la función ejecutiva y hacer que su actividad quedara completamente sometida al Poder Legislativo<sup>254</sup>.

SAINZ MORENO justifica la existencia del dicho poder, básicamente, mediante dos fundamentos: es una manera de resolver cuestiones que presenten o bien una singular importancia, o dificultades técnicas o valorativas, o incluso por la «necesidad de efectuar pronósticos»<sup>255</sup>, refiriéndose también, a la propia naturaleza

---

<sup>250</sup> Vid. J. BARNÉS VÁZQUEZ, *Una nota sobre el análisis comparado. A propósito del control judicial de la discrecionalidad administrativa*, en E. HINOJOSA MARTÍNEZ, N. GONZÁLEZ-DELEITO DOMÍNGUEZ, *Discrecionalidad Administrativa y control judicial*, Civitas, Madrid, 1996, p. 227.

<sup>251</sup> Para ilustrar las inquietudes que provoca el tema, GARCÍA DE ENTERRÍA recuerda que HUBER consideraba la discrecionalidad como el «caballo de Troya del Derecho Administrativo en el Estado de Derecho» (vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo*, cit., p. 24).

<sup>252</sup> Vid. M. SEVERO GIANNINI, *Lezioni di Diritto Amministrativo*, cit., p. 99.

<sup>253</sup> El ejercicio del poder discrecional es tan importante en la praxis administrativa, que GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ lo consideran «inexcusable para el funcionamiento de la Administración» (vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, cit., p. 461). Esta afirmación no es una frivolidad, pues para comprobarlo basta acordarse de las políticas públicas que, además de ser predominantemente discrecionales, representan un método frecuente de la actuación estatal para llevar a efecto sus cometidos, para materializar principios constitucionales y viabilizar el ejercicio de derechos subjetivos públicos, por poner algunos ejemplos, y que tienen una naturaleza eminentemente discrecional en la mayor parte de sus aspectos.

<sup>254</sup> Acerca de ello, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ refieren que «la existencia de potestades discrecionales es una exigencia indeclinable del gobierno humano. Este no puede ser reducido a una pura «nomocracia» objetiva y neutral, a un simple juego automático de normas» (vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, 2011, cit., p. 479).

<sup>255</sup> Vid. F. SAINZ MORENO, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad*, cit., p. 305-306.

política de la actuación administrativa, aun en los supuestos en los que «tal decisión está preconfigurada de alguna manera por una norma jurídica». Sostiene el mismo autor que «la discrecionalidad pura sólo existe cuando el criterio de la decisión deja de ser jurídico para convertirse en político»<sup>256</sup>.

En lo que se refiere precisamente a la ordenación urbana, dado que debe examinar múltiples bienes y variables que no siempre son conocidos para el legislador, además de que a menudo están sujetas a alteraciones y que constituye una tarea esencialmente conformadora<sup>257</sup>, la necesidad de la existencia de la potestad discrecional es absolutamente manifiesta. Desarrollaré este asunto más adelante en un epígrafe específico.

### **2.3.2. Límites a la discrecionalidad administrativa**

El análisis previo ha aclarado que la discrecionalidad concede al administrador público un margen de apreciación de los hechos a partir de la Ley, quien tomando en consideración criterios de conveniencia y oportunidad, puede optar entre dos o más conductas jurídicamente posibles. La acción administrativa debe hacer realidad el valor primado por el legislador, así como perseguir la materialización del interés público ideal mediante el ejercicio de lo que SCHMIDT-ASSMANN denomina «facultades administrativas de apreciación, prognosis y ponderación»<sup>258</sup>.

No existen serias controversias a este respecto, pues los argumentos contra su legitimidad no resisten las evaluaciones que tienen presente el sistema de tripartición de los poderes del Estado relacionado con la noción de especialización de funciones, que establecen todas las constituciones de los países occidentales en la actualidad.

Ahora bien, como no podría dejar de ser, un análisis de la doctrina da a conocer que, hoy en día, el Derecho administrativo se preocupa por combatir a ultranza cualquier tipo de arbitrariedad administrativa, es decir, la prevalencia de otros intereses

---

<sup>256</sup> Vid. F. SAINZ MORENO, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad*, cit., p. 307.

<sup>257</sup> Vid. T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho Urbanístico*, El Consultor de los Ayuntamientos, Las Rozas, 2008, 21.ª ed., p. 112.

<sup>258</sup> Vid. E. SCHMIDT-ASSMANN, *La Teoría general del Derecho Administrativo como sistema, Objeto y fundamentos de la construcción sistemática*, cit., p. 210.

que no sean los estrictamente públicos, así como que tampoco tengan lugar desvíos en el ejercicio de las potestades públicas.

De aquí resulta la conciencia de lo pertinente, que no solo significa el establecimiento de un sistema de limitación de tales potestades, sino, consecuentemente, también la vertebración del correspondiente esquema de control, aunque no hay que olvidar que el panorama constituido sobre el tema ha suscitado notables controversias al respecto de la amplitud de los límites de dicho control.

Tal vez, el campo que menos polémicas suscita es el que se refiere a la fiscalización que se produce *interna corporis*, del que la autolimitación administrativa representa un típico ejemplo que se concreta cuando la propia administración organiza pautas procedimentales o de conducta de obligada observancia para los órganos de una determinada estructura administrativa. Dicha autolimitación permite un control jerárquico muy objetivo, del que existen abundantes ejemplos que van desde la publicación de reglamentos administrativos y circulares, hasta la expedición de orientaciones por parte de órganos de superior rango<sup>259</sup>, los cuales consisten en autolimitaciones expresas y formales.

Si bien es cierto que son más frecuentes las autolimitaciones explícitas establecidas formalmente, la práctica administrativa reiterada sobre un determinado supuesto acaba por convertirse, de hecho, en una autolimitación establecida de modo informal, tal como recuerda ALESSI<sup>260</sup>, aunque para ello es necesario que exista una perfecta identidad entre las hipótesis comparadas. A mi juicio, tal concepción preserva la garantía de igualdad de los administrados frente a los Poderes Públicos, de la misma forma que concreta el deber de impersonalidad al que está sometida la praxis administrativa.

Por su parte, el control externo de la actividad administrativa discrecional es la cuestión que suscita más discusiones, en primer lugar, pues dicho examen raras veces escapa de la valoración externa de los pilares de dicha actuación: la conveniencia y la oportunidad. Desde el punto de vista de los agentes públicos, la posibilidad de elegir si

---

<sup>259</sup> Vid. R. ALESSI, *Instituciones de Derecho Administrativo*, cit., p. 199.

<sup>260</sup> Vid. R. ALESSI, *Instituciones de Derecho Administrativo*, cit., p. 200.

se va a actuar, así como la ocasión en la que dicha actuación se llevará a cabo, además del *modus operandi*, son decisiones inherentes a sus funciones. Por ello, no es raro encontrarse con apologías tanto de la ampliación de la actividad discrecional como de la reducción del control, con el argumento de que el mérito de la actuación, el juicio de valoración efectuado por el agente público, es una cuestión *interna corporis* de la Administración Pública.

Por el contrario, desde el punto de vista de los críticos, la tónica es acabar, tanto como sea posible, con las hipótesis del ejercicio de lo que algunos afirman que es el último resquicio del autoritarismo heredado del Estado de policía, tal y como he mencionado anteriormente. Ante la imposibilidad de reducir su cabida, las voces se manifiestan contundentemente a favor de la imposición de un rígido y efectivo sistema de control, cuya clave radica, precisamente, en la identificación de los límites.

La importancia de dicha identificación es tan intrínseca al concepto de discrecionalidad que FORSTHOFF afirma textualmente: «si para la potestad discrecional es preciso un ámbito de acción, en su concepto se da, además, otra idea: la referencia a un límite. Una decisión tomada fuera de toda conexión pensable con un límite no es manifestación de la potestad discrecional»<sup>261</sup>.

A mi juicio, el establecimiento de límites a la actividad discrecional supera la simple idea de restricción de la libertad del agente, pues nada más representa que resguardarlo de su propia arbitrariedad, premisa que, considerada por sí sola, reduce mucho la trascendencia de dichos límites, al situarlos en el mero plano formal del control.

Asimismo, advierto otra con un componente un poco más sofisticado: los límites sirven para adecuar el acto administrativo discrecional al cumplimiento del interés público resguardado por la norma, entendido en su mejor perspectiva (el mejor interés público), que es al fin y al cabo la razón del propio otorgamiento del poder discrecional.

---

<sup>261</sup> Vid. E. FORSTHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., p. 122/123.

Por lo tanto, en mi modesta opinión, el argumento que mejor se adecua al grado de desarrollo y especialización típicos de la idea de Administración Pública que por lo general se tiene hoy en día, es el que sostiene que la finalidad de los límites es la de que sirvan de «garantía de la realización del interés público en sí y por sí»<sup>262</sup>.

Esa noción revela la naturaleza dual de la teoría de los límites de la actuación discrecional, pues posee una faceta política que encuentra fundamento en la protección de los ciudadanos contra las arbitrariedades, y otra jurídica, que tiene por finalidad la tutela del interés público<sup>263</sup>.

La apología del establecimiento de límites empieza por la imposición de criterios muy objetivos. En este contexto, quiero enfatizar que, aunque la actuación discrecional suponga una valoración administrativa que acaba por preponderar, la norma habilitante siempre impone elementos reglados a los actos discrecionales, empezando por el propio otorgamiento de la potestad.

De hecho, le señala al agente legitimado para la práctica del acto, cuáles son los límites de su actuación, de qué forma la debe llevar a cabo, además de mostrarle cuál es la finalidad o consecuencia jurídica que debe hacer realidad. Asimismo, establece el *quantum* de discrecionalidad atribuida, la cual es perceptible mediante el examen del grado de densidad normativa del supuesto.

Todos estos elementos reglados posibilitan un absoluto control objetivo de la legalidad del acto administrativo discrecional, motivo por el que el quehacer del controlador se allana.

Sin embargo, en contraposición a tal objetividad, la tutela del interés público, que es considerado el núcleo de la discrecionalidad<sup>264</sup>, asume un carácter más subjetivo y, por ello, es más controvertida. *Ab initio*, tal y como subraya SÁINZ MORENO, la propia determinación de «en "qué" consiste el interés público y a "quién"

---

<sup>262</sup> Vid. R. ALESSI, *Instituciones de Derecho Administrativo*, cit., p. 191.

<sup>263</sup> Vid. R. ALESSI, *Instituciones de Derecho Administrativo*, cit., p. 191.

<sup>264</sup> Vid. F. SÁINZ MORENO, *Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico*, REDA, n.º 08, 1976, p. 79.

corresponde apreciar lo que en cada caso aconseja o perjudica a ese interés»<sup>265</sup> constituye un remarcable problema jurídico.

Añade el autor que «la indeterminación de este concepto más que la de ningún otro, obliga a una rigurosa fundamentación de los actos, que afirman o niegan su concurrencia en ciertos supuestos»,<sup>266</sup> de modo que la decisión no puede derivarse de un juicio meramente intuitivo del administrador, sino más bien de «un juicio lógico de estimación»<sup>267</sup>.

A su vez, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ asevera en su análisis que, tal y como ocurre en la praxis administrativa general, el agente público, al ejercitar el poder discrecional, está siempre vinculado al deber de elegir la mejor solución para el caso concreto. Añade que la discrecionalidad es un poder de cariz funcional, por lo que necesariamente debe corresponder «a la función para la que fue creado, a justificarse en su ejercicio y a justificar, también, su conformidad a la Ley y al Derecho, a los que está expresa y plenamente sometido por la Norma Fundamental»<sup>268</sup>.

Este raciocinio puede ser completado con lo que aduce ALESSI Acerca de que no es posible «prescindir de una limitación de la potestad de acción de la Administración, mediante una determinación extrínseca del interés público cuya existencia concreta es necesaria para legitimar la actividad administrativa»<sup>269</sup>.

El planteamiento analítico que he desarrollado hasta el momento pretende introducir el significativo elemento de mérito en la estructura del acto administrativo discrecional que supone el juicio de valor sobre la conveniencia y la oportunidad de la práctica del acto, en los supuestos en los que no está reglado, de una forma concreta y en un determinado momento y que es intrínseco al ejercicio del agente legitimado.

---

<sup>265</sup> Vid. F. SÁINZ MORENO, *Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico*, cit., p. 63.

<sup>266</sup> Vid. F. SÁINZ MORENO, *Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico*, cit., p. 70.

<sup>267</sup> Vid. F. SÁINZ MORENO, *Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico*, cit., p. 92.

<sup>268</sup> Vid. T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *De la Arbitrariedad de la Administración*, cit. Todas las citas del párrafo son de la p. 83.

<sup>269</sup> Vid. R. ALESSI, *Instituciones de Derecho Administrativo*, cit., p. 191.

Ese juicio no es algo inconexo de la base jurídica de apreciación en la que encuentra fundamento el administrador público; muy por el contrario, está permeado por la densidad normativa de la ley habilitante, por lo que es importante afirmar que resultará más intenso cuantos menos elementos normativos contenga dicha ley habilitante, dado que la fuerza de su vinculación se debilitará.

En contraste, los casos en los que exista una alta densidad normativa, con parámetros de actuación muy detallados, conllevarán un menor espacio para el ejercicio de la actuación discrecional. No obstante, BELTRÁN DE FELIPE admite que incluso cuando haga acto de presencia una alta densidad normativa, hay posibilidad de que la Administración Pública se aparte un poco de la misma, aunque siempre y cuando presente motivos razonables<sup>270</sup>.

De todo ello resulta que cualquier eventual juicio apresurado que sostenga que la definición del *quantum* de poder asignado por la norma es una tarea sencilla y meramente subjetiva, estará muy equivocado. Hay innumerables condicionantes, tanto extrínsecos como intrínsecos, que delimitan la actuación discrecional y que conforman la circunstancia, lo que es motivo de que, antes que cualquier otra cosa, la actuación discrecional sea una actitud de ponderación<sup>271</sup>.

En efecto, es necesario efectuar ponderaciones y un balance que demandan no solo un análisis de la finalidad de la norma, sino también un reconocimiento de la mencionada densidad de la regulación, expresada a través de criterios o pautas establecidos por el legislador en el propio mandato normativo, tal y como advierte FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ<sup>272</sup>.

Este mismo autor señala, inclusive, que la tarea de precisar el *quantum* de discrecionalidad típico de un supuesto dado puede no agotarse en la observación de los

---

<sup>270</sup> Vid. M. BELTRÁN DE FELIPE, *Discrecionalidad Administrativa y Constitución*, cit., p. 116.

<sup>271</sup> Vid. E. SCHMIDT-ASSMANN, *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema, Objeto y fundamentos de la construcción sistemática*, cit., p. 224.

<sup>272</sup> Vid. T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Sobre el Derecho y el quehacer de los juristas. Dar y exigir razones*, Universidad Complutense, Madrid, 2011, 1.ª ed., p. 31-33.

elementos constitutivos de la ley habilitante, sino que reclamaría un examen del ordenamiento jurídico como un todo<sup>273</sup>.

En la misma línea de pensamiento, la doctrina de SCHMIDT-ASSMANN, además de los parámetros normativos preestablecidos por la ley habilitante, también toma en consideración «los de la Constitución, en particular los derechos fundamentales y los principios de proporcionalidad y de igualdad» haciendo un particular hincapié en los criterios de eficacia económica o rentabilidad y de austeridad<sup>274</sup>.

Los dos autores —SCHMIDT-ASSMANN y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ— coinciden al reconocer que racionalidad y razonabilidad son criterios que deben orientar todo el ejercicio de ponderación inherente a la discrecionalidad administrativa<sup>275</sup>.

Si bien es cierto que FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ reconoce la imprecisión de los dos conceptos, también sostiene que el juicio de comprobación de su observancia en la praxis administrativa no ofrece dificultades. Aclara, en primer lugar, que no será racional una decisión que desconsidere «todos los factores jurídicamente relevantes» de un supuesto dado, al igual que aquella que ponga de relieve un factor jurídicamente irrelevante<sup>276</sup>, o que tampoco haga un balance de todos los factores jurídicamente relevantes en lo que se refiere al «mayor peso o mayor valor que el ordenamiento pueda reconocer», o, por último, que contenga «errores lógicos»<sup>277</sup>. Por último, manifiesta que una decisión no es razonable cuando es desproporcional<sup>278</sup> respecto a los hechos que le dan fundamento.

---

<sup>273</sup> Vid. T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Sobre el Derecho y el quehacer de los juristas. Dar y exigir razones*, cit., p. 31-33.

<sup>274</sup> Vid. E. SCHMIDT-ASSMANN, *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema, Objeto y fundamentos de la construcción sistemática*, cit., p.221.

<sup>275</sup> Vid. E. SCHMIDT-ASSMANN. *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema, Objeto y fundamentos de la construcción sistemática*, cit., p.221-222 y, en el mismo sentido, vid. T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Sobre el Derecho y el quehacer de los juristas. Dar y exigir razones*, Universidad Complutense, cit., p. 35.

<sup>276</sup> Vid. T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Sobre el Derecho y el quehacer de los juristas. Dar y exigir razones*, cit., p. 35.

<sup>277</sup> Vid. T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Sobre el Derecho y el quehacer de los juristas. Dar y exigir razones*, cit., p. 36-37.

<sup>278</sup> Vid. T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Sobre el Derecho y el quehacer de los juristas. Dar y exigir razones*, cit., p. 37.



Lo que se concluye sin dificultades es que el juicio discrecional está vinculado a un esquema de límites intrínsecos y extrínsecos capaces de orientar la actuación administrativa hacia la materialización de la finalidad que la Ley prima y exige. Una vez que se proceda a una comprobación de su legalidad, la juridicidad de la observancia de los límites es perfecta y objetivamente descifrable.

Por si esto no bastase, en ocasiones, el hecho de que haya límites en los aspectos formales del acto poco representaría si no se pudieran controlar los motivos determinantes de su práctica, sobre todo, cuando se trata de escoger los métodos de la actuación o los efectos de los actos. A partir de ello, el deber de motivar los actos administrativos surge como una importante restricción de la libertad de actuación del administrador.

### **2.3.3. Otra perspectiva sobre la delimitación de la discrecionalidad**

La perspectiva que he expuesto en el apartado anterior, la cual constituye la doctrina propugnada más frecuentemente, concibe la discrecionalidad como un poder fuertemente limitado. Tal concepción, aun cuando no se reconozca explícitamente, parte del presupuesto de que los Poderes Públicos son originalmente, irrestrictos de la misma forma que ocurría en el superado modelo de Estado absolutista, tal y como he tenido ocasión de desarrollar previamente.

Los autores que suscriben esta concepción entienden que la discrecionalidad es el último resquicio de arbitrariedad, situación que determina la imperiosa necesidad de establecer un esquema muy claro y seguro de restricciones para su ejercicio, capaz de ajustarla tanto al orden constitucional vigente como a la actual noción del Estado. Este panorama, que es el que usualmente indica la doctrina jurídica de los más variados países, tiene su fundamento en la noción del control de la discrecionalidad, es decir, se erige sobre una teoría de los límites negativos de la actuación administrativa.

Sin embargo, es posible concebir la discrecionalidad a partir de otra óptica, en la que ya no consiste en una potestad infinita en origen, y que es limitada circunstancialmente, sino como algo que nace con un formato establecido por el propio orden constitucional que la genera. Esta visión considera que, dado que la Constitución

es el fundamento de las funciones estatales, además de estructurarlas a partir de sus reglas y principios, los instrumentos de actuación del Estado, como es natural, también están delimitados en su esencia.

Para aportar claridad a este punto conviene hacer referencia a SANTAMARÍA PASTOR, quien afirma que «la discrecionalidad no es el producto del reconocimiento de un ámbito de libertad a la Administración, sino la consecuencia de una remisión legislativa consciente»<sup>279</sup>. La opción legislativa, en el contexto que ahora se analiza, es la del constituyente originario, quien al concebir la función Ejecutiva del mismo modo que cualquier otra, dota de fundamento a sus métodos de actuación.

Consecuentemente, tiene sentido la propuesta FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ de concebir la potestad discrecional de un modo diferente, para lo que afirma que «la teoría del poder discrecional de la Administración debe, pues, construirse de nuevo, de arriba abajo en el sentido más literal de la expresión, es decir, a partir de los principios que consagra la Norma Fundamental»<sup>280</sup>.

A mi parecer, esto elimina la controvertida noción de los límites a la actividad discrecional, pues introduce la noción de la delimitación, es decir, de la conformación de la potestad discrecional a partir de los principios constitucionales. Además, consagra una visión más realista de las potestades públicas en la medida en que su extensión y atributos ya estarían definidos legalmente, no dejando lugar para el sinfín de tesis que gravitan en torno a la discrecionalidad.

Los *juspublicistas*, proporcionan fundamentos suficientes para poder corroborar esta concepción. En este sentido, viene al caso mencionar a BELTRÁN DE FELIPE, quien considera imprescindible «buscar el encaje de la discrecionalidad administrativa en la arquitectura constitucional», o en términos más sencillos, evidenciar su fundamento constitucional<sup>281</sup>.

---

<sup>279</sup> Vid. J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo General*, cit., p. 338.

<sup>280</sup> Vid. T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *De la arbitrariedad de la Administración*, cit., p. 80.

<sup>281</sup> Vid. M. BELTRÁN DE FELIPE, *Discrecionalidad Administrativa y Constitución*, cit., p. 14.

Ahora bien, al desarrollar dicha noción, esta remisión normativa se ampara y habilita, antes que nada, en la competencia discrecional, en el *framework* establecido constitucionalmente para la Administración Pública. MARTÍN MATEO y Díez SÁNCHEZ, en conformidad con esta noción, aseveran que la determinación de los intereses públicos gestionados por la Administración deriva de la interpretación de los mandatos y principios establecidos constitucionalmente<sup>282</sup>. A mi parecer, una cosa conduce, en consecuencia, a la otra.

Al ser la Constitución el fundamento de todo el sistema jurídico administrativo, son las reglas y principios por ella consagrados los que conforman integralmente los instrumentos mediante los que la Administración Pública ejerce sus funciones. Por pura lógica, esta perspectiva no es compatible con la idea del control de la discrecionalidad (límite negativo de actuación), sino más bien con la de una actuación discrecional concebida a partir de las directrices legislativas pertinentes<sup>283</sup>. De esta forma y a mi juicio, queda consagrado un límite positivo de actuación, siendo posible, inclusive, entender claramente de qué manera está conformada una determinada actividad administrativa.

Esta conclusión, a pesar de parecerme inherente al tipo de Estado que impera a día de hoy, representa un paso adelante para la moderna teoría administrativa, dado que reconoce que la norma constitucional desarrolla un papel estructurador de todo el ordenamiento jurídico. Por consiguiente, vertebra el régimen jurídico de cada función del Estado, en un contexto de democracia plena en el que no existen limitaciones, sino delimitaciones de institutos e instrumentos. Al fin y al cabo, este verdadero cambio cualitativo de perspectiva se rige por la lógica que impone la propia noción de la supremacía de la Constitución.

A modo de ejemplo, véase el paso adelante que ya se ha dado al concebirse la idea de que los atributos de la propiedad están conformados por la Constitución, en vez de limitados por la misma, noción que traspasa las fronteras del Derecho civil al

---

<sup>282</sup> Vid. R. MARTÍN MATEO y J. J. Díez SÁNCHEZ, *Manual de Derecho Administrativo*, cit., p. 29.

<sup>283</sup> Vid. E. SCHMIDT-ASSMANN, *La teoría general del Derecho administrativo como un sistema*, *Objeto y fundamentos de la construcción sistemática*, cit., p. 220.

reconocer que no existe ningún orden constituido de modo previo al orden constitucional.

Por añadidura y desde mi punto de vista, que solo a mí me pertenece, reconozco que ya se ha logrado este nivel de perfeccionamiento jurídico, además de que, al igual que ocurre con otras áreas del Derecho, dado que es la Constitución la que genera el Derecho administrativo, no solo lo conforma integralmente, sino que también determina su ámbito de validez.

Es por ello que las consideraciones de FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ antes mencionadas me parecen, más que una destacada posición doctrinal de vanguardia, como es propio de su pensamiento, una consecuencia natural del orden jurídico vigente, allanando el camino para una solución precisa y objetiva para los innumerables conflictos que en la actualidad giran en torno a la discrecionalidad.

Por lo que a mí respecta, manifiesto mi adhesión a la propuesta del mencionado jurista, dado que concibo que el Derecho actual es un sistema en el que los elementos se compaginan gracias a un denominador común, que es justamente el orden constitucional. En él no hay espacio para el absolutismo de conceptos y, por consiguiente, para la actuación de agentes limitadores, sino más bien para elementos estructuradores y delimitadores.

Ahora bien, es oportuno observar que la sustitución de una teoría jurídica por largo tiempo consolidada, no es algo que pueda efectuarse sin obstáculos. La discusión acerca de si la discrecionalidad ya nace estructurada a partir de los rígidos patrones constitucionales o, por el contrario, si su amplitud está limitada por el ordenamiento jurídico, exige una tesis específica y compleja.

Como no es esto lo que pretendo en este trabajo, he considerado que lo que mejor conviene para la construcción teórica de su objeto, es el examen de la discrecionalidad en cuanto poder esencialmente limitado.

Considero que las premisas sobre las que no debe haber ninguna duda son que en la potestad discrecional no existe una libertad de acción propiamente dicha, sino

solo una oportunidad de estimación racional en la actuación del agente al que se le otorga dicha potestad, con el propósito de que se materialicen los valores consagrados por la Ley habilitante y se cumpla su finalidad.

### **3. El deber de motivar los actos administrativos como técnica de control y de prevención contra la arbitrariedad**

Se debe insistir en que, actualmente, la motivación es elemental para la noción del ejercicio de una potestad pública, habida cuenta de que el poder otorgado al administrador público es vicarial, por lo que se ejerce en nombre y en el interés ajeno<sup>284</sup>, no habiendo lugar para la arbitrariedad administrativa<sup>285</sup>. De hecho, IGARTUA SALAVERRÍA afirma que a la discrecionalidad le corresponde la facultad de actuar y que, una vez que se decide dicha actuación, le cabe al agente motivarla<sup>286</sup>, incluso para «legitimar racionalmente el uso de la coerción»<sup>287</sup> estatal eventualmente derivada del acto practicado.

Ya se han superado desde hace mucho tiempo las antiguas concepciones doctrinales según las que, en un principio, la motivación de actos discrecionales era dispensable, exigiéndose exclusivamente para aquellos de competencia vinculada, y, en un segundo momento, solo se podría ejercer un control judicial de los motivos determinantes de los actos discrecionales que hubieran sido expresados.

No hay duda de que es un deber de la Administración Pública expresar objetiva y coherentemente el proceso de formación de su voluntad<sup>288</sup>, así como el criterio adoptado para configurar las opciones administrativas<sup>289</sup>. Más que la expresión

---

<sup>284</sup> A pesar de que no deja de suponer una comparación superficial, es posible establecer una semejanza válida con el área del Derecho civil, donde la motivación y la prestación de cuentas también son corolarios de las relaciones privadas, cuando se actúa en nombre y en interés ajeno.

<sup>285</sup> A modo de ejemplo y para destacar la importancia de la presentación de los motivos del acto administrativo, destaco que en el ordenamiento jurídico brasileño esta imposición fue cristalizada en la Ley Federal n.º 9.784/99, la cual, siguiendo los valores consagrados por la Constitución, impone como regla la obligatoriedad de motivar el acto administrativo, además de presentar un abanico de situaciones jurídicas que la exige como elemento objetivo de validez del acto.

<sup>286</sup> Vid. J. IGARTUA SALAVERRÍA, *Discrecionalidad, arbitrariedad y control judicial*, cit., p. 103.

<sup>287</sup> Vid. M. M. FERNANDO PABLO, *La motivación del acto administrativo*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 43.

<sup>288</sup> Vid. M. M. FERNANDO PABLO, *La motivación del acto administrativo*, cit., p. 36.

<sup>289</sup> Vid. M. M. FERNANDO PABLO, *La motivación del acto administrativo*, cit., p. 43.

de un límite a la actividad administrativa discrecional, el deber de motivar posibilita el control del nivel de adecuación de la decisión administrativa al espíritu de la ley habilitante, especialmente, a los valores e intereses que esta prima<sup>290</sup>.

Asimismo, la presentación de los motivos determinantes de un acto administrativo concreto posibilita que el administrado ejercite de modo pleno su derecho de defensa, así como el establecimiento del contradictorio.

Todas esas circunstancias justifican el esfuerzo planteado por la doctrina en calificarla como un elemento indispensable a la validez de los actos administrativos.

Antes que cualquier otra cosa, la justificación asume una faceta formal en la medida en que puede expresarse mediante la invocación del propio supuesto normativo. De cualquier forma, no solo se debe circunscribir a ello, dado que, evidentemente, la mera mención de los hechos autorizadores no basta para cumplir el deber de una motivación explícita, sino que es necesaria la presentación de lo que VIEIRA DE ANDRADE denomina un discurso justificativo<sup>291</sup>. Ahora bien, en determinados casos, dada la naturaleza de las cosas, es posible admitir una motivación concisa siempre que indique sus razones de forma suficiente.

Lo importante es que el discurso justificativo al que alude VIEIRA DE ANDRADE demuestre el procedimiento interno de formación de la voluntad administrativa<sup>292</sup>, así como las reflexiones llevadas a cabo y que desembocaron en una decisión con una conformación específica. Esta reflexión consiste en el juicio de racionalidad llevado a efecto en cada caso concreto al que hace alusión la doctrina.

En el mismo sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ señalan que la indicación de los motivos justificadores del acto administrativo sirve como mecanismo de diferenciación entre la discrecionalidad y la arbitrariedad. Y

---

<sup>290</sup> Vid. J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *O dever de motivação expressa de actos administrativos*, Almedina, Coimbra, reimpressão, 2003, p. 18 y 361.

<sup>291</sup> Vid. J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *O dever de motivação expressa de actos administrativos*, cit., p. 18 y 361.

<sup>292</sup> Vid. J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *O dever de motivação expressa de actos administrativos*, cit., p. 18.

sostienen que el deber de motivación solamente se cumple cuando la decisión indica razones justificativas derivadas de una voluntad racional<sup>293</sup>.

Desde el punto de vista estrictamente jurídico, la tarea de motivar las opciones administrativas no es algo excepcional, sino que, más bien, radica en la propia naturaleza de las atribuciones de los juristas, tal y como recuerda FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, a quienes les incumbe «construir razones a partir de las normas y con esas razones elaborar argumentos capaces de sostener fundadamente una solución»<sup>294</sup>.

La indicación precisa del sustrato racional —en el que se contemplan los elementos de hecho apreciados— cobra especial relieve en los supuestos discrecionales, dada la alta carga decisoria que la norma habilitante otorga al agente público. El hecho de que en dichos casos haya una fuerte valoración de la oportunidad de la práctica del acto, no mengua el deber de motivarlo, tal y como señala BELTRÁN DE FELIPE<sup>295</sup>.

Este sustrato racional por lo tanto, marca la divisoria entre el ejercicio legítimo de la potestad y el censurable. Para dilucidar qué es lo que se puede entender como decisión racional, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ propone marcos muy objetivos para el *test* de verificación, los cuales son: la compatibilidad con los hechos probados, la consideración relevante de los factores jurídicos, la atribución de peso digno a cada uno de los factores considerados y la justificación para la adopción de la solución cuando se contrastan valores de mismo peso<sup>296</sup>.

Es cierto que el autor propone la adopción de estos parámetros en el examen de la actividad judicial de control, aunque son igualmente aplicables y relevantes en el juicio estimativo previo al acto, así como en la contextualización de su motivación.

La cuestión de la inhibición de la arbitrariedad es una preocupación común de los ordenamientos jurídicos occidentales más diversos, a la que conceden primacía

---

<sup>293</sup> Vid. E. G. ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, V. I, *cit.*, p. 504.

<sup>294</sup> Vid. T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Sobre el quehacer de los juristas. Dar y exigir razones*, *cit.*, p. 41.

<sup>295</sup> Vid. M. BELTRÁN DE FELIPE, *Discrecionalidad Administrativa y Constitución*, *cit.*, p. 116.

<sup>296</sup> Vid. T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*, Iustel, Madrid, 2005. p. 236.

en los valores constitucionalmente consagrados, aunque no se realice explícitamente, dado que es una deducción lógica del principio democrático. En este contexto, es remarcable el ejemplo español, cuya Constitución consagra de modo expreso el principio de la interdicción de la arbitrariedad en su artículo 9.3 *in fine* como resultado de una labor intelectual de todos conocida.

Obviamente, no puedo dejar de mencionar la observación que hace BELTRÁN DE FELIPE en el sentido de que es posible visualizar casos de decisiones cuya motivación presente dificultades, no sea posible o no interfiera en la validez del acto<sup>297</sup>. A pesar de ello, afirma que no necesariamente constituyen casos de arbitrariedad, ya que esta se refiere al fondo de la decisión, y no, específicamente, a la manera como fue producida o manifestada.

Es incontestable que es perfectamente posible imaginar casos como los mencionados por el autor, aunque dichas consideraciones, por muy plausibles que resulten, hay que considerarlas en su justa medida con el objeto de no concederles un efecto genérico que acabe por servir de fundamento para toda suerte de arbitrariedades disfrazadas de excepciones a la regla general, actitud que no resulta infrecuente en la Administración Pública.

Por último, quiero esclarecer que la profusión de datos, concepciones y variantes de entendimientos acerca de los límites de la discrecionalidad son expresivos y dan paso directamente a la teoría del control *a posteriori* de los actos discrecionales, efectuado por el Poder Judicial. No ha sido sino este el motivo por el que me he extendido en su examen, pues resulta esencial para el presente estudio.

#### **4. El control de los actos administrativos – aspectos controvertidos**

Todo el planteamiento hasta aquí desarrollado conduce a la conclusión de que uno de los elementos distintivos de la Administración Pública contemporánea es el control judicial de su actividad, en aras de la prevalencia de la legalidad, algo que incluso se concilia con la noción de pleno acceso a la justicia, la cual tiene lugar en la

---

<sup>297</sup> Vid. M. BELTRÁN DE FELIPE, *Discrecionalidad Administrativa y Constitución*, cit. p. 53.



esfera constitucional, en la que prevalece la noción de la separación entre los poderes del Estado, garantía para una actuación independiente y armónica que se rige por un cierto control recíproco entre dichos poderes.

En este contexto, ASSMANN, apoyándose en la teoría de diversos autores, reflexiona que «la ley no es un depósito de respuestas ya preparadas, sino que despliega sus efectos a partir de un proceso de concreción basado en un reparto de tareas entre los Poderes Legislativo y Ejecutivo»<sup>298</sup>.

A partir de ello, se debe introducir en este momento, por pura lógica, la cuestión de que de nada sirve tener un sofisticado abanico de garantías jurídicas, si a este no le corresponde un esquema de control de la actividad administrativa que permita, al menos, frenar los ímpetus arbitrarios o las actuaciones poco técnicas y alejadas de la realidad.

En este sentido y de acuerdo a como considera FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, es cierto que el principio de separación de poderes sirve como limitación del control jurisdiccional de la Administración, de tal manera, que en principio debe prevalecer lo que haya decidido. Ahora bien, él mismo remarca que los errores administrativos deben ser corregidos<sup>299</sup>.

En el esquema de control de los poderes del Estado, lo que es importante para este trabajo es el análisis de los actos que emanan del Poder Ejecutivo, posiblemente, el poder que está más sometido a las distintas técnicas de control que existen actualmente. Esto es así debido a que, al igual que sucede con los otros poderes, en un primer momento, el Legislativo ejerce un control previo cuando le concede potestades, las delimita, define sus finalidades, establece el agente competente para practicar determinado acto y la forma que debe adoptar.

En un segundo momento, a nivel interno, se produce un ejercicio de control jerárquico de ciertos órganos del Poder Ejecutivo sobre otros. Por último, se cuenta con

---

<sup>298</sup> Vid. E. SCHMIDT-ASSMANN, *La teoría general del Derecho administrativo como un sistema, Objeto y fundamentos de la construcción sistemática*, cit., p. 213.

<sup>299</sup> Vid. T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *De la arbitrariedad de la Administración*, cit., p. 35.

el indefectible control judicial, principal fuente de control *ex post facto*, y que constituye una garantía constitucional en distintos ordenamientos jurídicos.

El constitucionalismo, tal y como he afirmado previamente, no solo garantiza la legalidad como un principio fundamental de la Administración Pública, sino que también hace un verdadero dogma del control judicial de todos los agravios y amenazas al Derecho.

Esa doble garantía determina, *a priori* y *per se*, el pleno control por parte del Poder Judicial de los actos que emanan del Poder ejecutivo, lo que no constituye ninguna intromisión externa en la competencia administrativa, tal y como se podría argumentar en una primera objeción. En lugar de ello, representa, más bien, una manera de proteger a los administrados de la arbitrariedad administrativa y de garantizar la supremacía de la Ley y la preponderancia del interés público sobre el privado.

De acuerdo a como observa SAINZ MORENO, el control judicial integral del acto administrativo (fundamento, fin y alcance) puede contribuir a una actuación administrativa menos improvisada<sup>300</sup>, lo que desde mi punto de vista puede traducirse en que es más reflexiva y está menos expuesta a la impulsividad, algo que no representa nada más que una actuación administrativa ponderada.

Según mi opinión, al enfocar el tema desde otra perspectiva muy particular, se puede añadir que la función del control de la Administración Pública tiene una faceta aún más elaborada, la cual es desvelada perfectamente por FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, cuando sostiene que «juzgar a la Administración contribuye también a administrar mejor»<sup>301</sup>. Su papel, por lo tanto, se amplía hasta tal punto que sirve de parámetro para las actuaciones administrativas futuras, por lo que asume un carácter pedagógico. Según creo, esto parece ocurrir, inclusive, en aquellos ordenamientos jurídicos cuyos precedentes judiciales no tienen efectos vinculantes, puesto que se acaba por crear una cultura administrativa del buen proceder.

---

<sup>300</sup> Vid. F. SAINZ MORENO, *Conceptos Jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, cit., p. 352.

<sup>301</sup> Vid. T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *De la Arbitrariedad de la Administración*, cit., p. 1263.

FREITAS alerta de que, a día de hoy, la idea del control debe superar la sencilla formula del *test* de adecuación a la Ley, para contemplar el régimen constitucional del Derecho administrativo esbozado en los principios, las normas y los valores que son rectores de toda su actividad<sup>302</sup>.

No forma parte del objeto de este trabajo la especificación de cada uno de los tipos de vicios que pueden contaminar los actos administrativos, aunque lo que desde luego sí que interesa, es revisar cómo se puede controlar el ejercicio de cada tipo de potestad administrativa, algo que llevo a efecto acto seguido.

## **5. El control de los actos administrativos reglados**

En teoría, el control de los actos reglados no ofrece mayores problemas, en la medida en que bastaría un examen objetivo de su adecuación al mandato normativo. No obstante, esto no sucede exactamente de esta manera, ya que esta concepción solo es válida para los enunciados normativos expresados por conceptos jurídicos determinados, cuya muy sencilla estructura elimina las dificultades en el control de la legalidad.

De hecho, obra básicamente mediante la verificación objetiva del cumplimiento de todos los requisitos establecidos en la norma habilitante, como es el caso de la atribución y la delimitación del poder, la competencia para ejercerlo, el procedimiento a ser adoptado y la finalidad que se persigue.

Ahora bien, la verificación del cumplimiento de legalidad no resulta tan obvio en lo relativo al último elemento referenciado —la finalidad—, pues no son raras las veces en las que lo que motiva la actividad administrativa son intenciones distintas de las que consagra la Ley habilitante, lo que sin embargo no significa que incumpla alguno de los otros requisitos normativos, aunque, eso sí, con el objeto de lograr un resultado distinto al que antepone la norma.

---

<sup>302</sup> Vid. J. DE FREITAS, *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, Malheiros, São Paulo, 2.<sup>a</sup> ed., 1999, p. 19.

No es en balde que desde la doctrina se resalte que un acto practicado con el propósito de lograr un fin divergente del impuesto por la Ley adolece de ilegitimidad y, por lo tanto, debe ser anulado con base en la desviación de poder, cualquiera que sea la razón de tal incumplimiento<sup>303</sup>. Sin embargo, la comprobación de dicho desvío no es tarea fácil, puesto que hace acto de presencia una fuerte subjetivación de los hechos.

## **6. El control de los actos resultantes de conceptos jurídicos indeterminados**

A su vez, los supuestos en los que intervienen conceptos jurídicos imprecisos generan intensas discusiones acerca de las dimensiones del control de los actos administrativos. Por una parte, WOLFF, BACHOF y STOBBER defienden que el control que de los actos derivados de supuestos normativos imprecisos debe ser lo más amplio posible, tal y como ocurre con los actos reglados por conceptos jurídicos determinados, pues la averiguación de su contenido es esencialmente de Derecho y el respectivo control siempre es objetivo<sup>304</sup>.

Por otra parte, hay autores que defienden que el uso de los conceptos indeterminados otorga potestad discrecional y su control se reduce significativamente a causa de la imposibilidad de adentrarse en el mérito, tal y como tendré oportunidad de aclarar más adelante.

Para comenzar el análisis del asunto, creo conveniente hacer remisión a una sencilla observación de SOUSA, según la cual la función del concepto indeterminado es la de convertirse en determinado en cada caso concreto, mediante la actuación de un esquema de valoraciones sobre el sustrato factico en apreciación<sup>305</sup>. La valoración efectuada por el agente, consistente en la consideración de los hechos en contraste con el concepto jurídico, en aras del cumplimiento de la finalidad de la norma, dota de objetividad a la decisión.

---

<sup>303</sup> Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, V. I, cit., p. 492-493.

<sup>304</sup> Vid. H. WOLFF, O. BACHOF y R. STOBBER, *Direito Administrativo*, cit., p. 450.

<sup>305</sup> Vid. A. F. DE SOUSA, *Conceitos Jurídicos Indeterminados no Direito Administrativo*, cit., p. 80.

Ahora bien, el ejercicio no se agota en la decisión enfocada en el mero cumplimiento de la finalidad de la norma, sino que comprende la elección de la forma de cumplir dicha finalidad de la mejor manera posible<sup>306</sup>, propósito que califica la decisión, confiriéndole un plus en relación a todas las demás legalmente admitidas. Por ello se puede defender que, por lo general, para cada supuesto normativo solo existe una única decisión acertada en cada caso concreto.

Esa objetivación de la decisión, que se comprueba a partir del examen de los motivos determinantes, tiene como efecto jurídico más importante el de posibilitar su integral sumisión al control judicial incluso en los casos en los que, a primera vista, pueda parecer que están presentes múltiples valoraciones. Esto es así dado que en cada caso concreto se debe dilucidar cuál es la solución que mejor se ajusta a la hipótesis normativa, así como indicar los motivos que determinan dicha conclusión, lo que posibilita un control judicial meramente objetivo.

Viene en apoyo de esta tesis la advertencia de GARCÍA DE ENTERRÍA, según la que la definición de un concepto jurídico indeterminado configura un proceso de juicio o estimación, y no un proceso volitivo de discrecionalidad o de libertad. A causa de ello, debe atenderse a la vez a la base fáctica a ser valorada y al preciso sentido legal, con el fin de que resulte en la única solución justa para el caso concreto<sup>307</sup>, circunstancia que desvela su naturaleza eminentemente reglada, lo que favorece su amplio control judicial<sup>308</sup>.

De ello resulta la legitimidad del control judicial, pues al juez solo le cabrá valorar si la solución elegida por la Administración es, de hecho, la única justa según el supuesto normativo. Este ejercicio de valoración, prosiguen GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «parte de una situación de hecho determinada, la que la prueba ofrece, pero su estimación jurídica la hace desde el concepto legal y es, por tanto, una aplicación de la ley»<sup>309</sup>.

---

<sup>306</sup> Vid. A. F. DE SOUSA, *Conceitos Jurídicos Indeterminados no Direito Administrativo*, cit., p. 80.

<sup>307</sup> Vid. E. G. DE ENTERRÍA, *La lucha contra las inmunidades del poder*, cit., p. 36-37.

<sup>308</sup> Vid. E. G. DE ENTERRÍA, *Democracia, jueces y control de la Administración*, cit., p. 154.

<sup>309</sup> Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, V. I, cit., p. 484.

Sin embargo, PHILIP VON HECK, en su celebrada lección, identifica en las palabras la existencia de un núcleo conceptual preciso, que es su sentido literal, y la de un halo conceptual, que admite varios conceptos posibles<sup>310</sup>. La dualidad de dichos conceptos ha servido de inspiración para diferentes discusiones acerca del control judicial ejercitable sobre los conceptos jurídicos imprecisos.

Las discusiones se centran en la extensión o la intensidad del control ejercitable sobre la referida zona de penumbra, dada la incertidumbre sobre su contenido. Tanto es así, que dio margen a que en Alemania, BACHOF desarrollase la noción de que la Administración Pública cuenta con un margen de apreciación que no llega a consistir en una discrecionalidad, sino que consiste en una «libertad de subsunción» de la autoridad administrativa en la aplicación de los conceptos imprecisos, que escapa al control judicial<sup>311</sup>.

La doctrina observa que la teoría de ULE es más contundente, pues defiende la completa exención de control sobre los actos administrativos practicados con fundamento en conceptos imprecisos, por reconocer en ellos una intensa prerrogativa de evaluación<sup>312</sup>.

COUTO E SILVA, al comentar el tema y la posición de ambos autores, asevera que los conceptos imprecisos no atribuyen discrecionalidad al administrador público y, por ende, que el control judicial de la aplicación de los conceptos jurídicos imprecisos, en teoría, es integral. Sin embargo, reconoce que se pueden enfrentar dificultades en algunos casos excepcionales, en los que prácticamente se verifica una imposibilidad cognitiva de declarar la corrección o el desacierto en la aplicación de la Ley, especialmente, cuando el examen del acto depende de la evaluación de datos e informaciones que deriven de la pura praxis administrativa<sup>313</sup>.

---

<sup>310</sup> Vid. P. VON HECK, *Interpretação da Lei e Jurisprudência de Interesses*, Acadêmica/Saraiva, São Paulo, 1947, p. 51. La doctrina se remite frecuentemente a estas conclusiones del autor para aclarar el fenómeno de los conceptos indeterminados.

<sup>311</sup> Vid. H. WOLF, O. BACHOF, R. STÖBER, *Direito Administrativo*, Vol. 1, cit., p. 453.

<sup>312</sup> Vid. A. DO COUTO E SILVA, *Poder discricionário no Direito Brasileiro*, RPGE, vol. 27, n.º 57, Porto Alegre, 2003, p. 102.

<sup>313</sup> Vid. A. DO COUTO E SILVA, *Poder discricionário no Direito Brasileiro*, cit., p. 102.

Por este motivo, defiende que no se puede establecer *a priori* un límite a la sindicabilidad de los actos administrativos basados en conceptos jurídicos imprecisos, de modo que le corresponde al Poder Judicial determinar el control en cada supuesto concreto.

Estoy completamente de acuerdo con este entendimiento que deriva, además, de la propia doctrina constitucional sobre la tutela judicial efectiva. El rechazo del control no puede ser previo, sino que debe resultar de una evaluación del propio Poder Judicial quien, al apreciar el soporte de hecho en contraste con el enunciado normativo, le cabrá averiguar si hay un límite a su control.

Me parece poco probable que eso suceda así en los supuestos imprecisos pues, como he subrayado anteriormente, para la definición de tal concepto están presentes, en un primer momento, la finalidad y el interés público antepuestos por la norma. A su vez, siempre podrá tener lugar un segundo nivel de interpretación en el que se hará uso del ordenamiento jurídico como un todo, lo que garantiza la objetivación del mandato normativo, sirviendo, por lo tanto, de base segura para el control externo de la actividad administrativa.

Si bien es cierto que afirmo esto en virtud de que considero que la actividad administrativa disciplinada por conceptos jurídicos indeterminados tiene naturaleza reglada, también reconozco que existen contundentes objeciones planteadas desde la doctrina que defiende que tales supuestos suponen una competencia discrecional, y, en consecuencia, que la posibilidad de revisión del Poder judicial es limitada.

## **7. El control de los actos administrativos discrecionales**

El control del acto administrativo discrecional, para ser ejercido correctamente, demanda que opere sobre el mismo una verdadera disociación. De inicio, es necesario distinguir cuáles son sus elementos reglados y cuál el margen discrecional de la actuación. También se debe estimar cuál es el grado de densidad normativa que cada elemento produce. A partir de ello, se puede definir con más seguridad el grado de

libertad de acción o el margen de maniobra con el que cuenta la Administración y, en contrapartida, la intensidad de su correspondiente control.

Por un lado, en lo referente a los elementos reglados<sup>314</sup>, la operación de control es tan sencilla como la propia actividad administrativa legalmente permitida, pues consiste en una mera verificación del cumplimiento de los requisitos legales, el conocido *test* de legalidad.

Por el contrario, el control de la parte puramente discrecional del acto es controvertido, al tratarse del elemento de mérito, esto es, tanto del juicio efectuado por el agente público, como de la valoración de los hechos, además de la apreciación de la conveniencia de la práctica del acto y, por último, de la oportunidad en la que se deberá llevar a efecto.

Todos estos aspectos son componentes de la motivación del acto administrativo pues, como he subrayado con anterioridad, ya no se conciben actos derivados únicamente de la arbitrariedad del titular del poder, sino que es imprescindible exponer las razones que los sostienen y los criterios o pautas seguidos hasta llegar a su configuración.

## **7.1. La motivación del acto discrecional**

Si bien es cierto que en el caso de los actos vinculados, la indicación del supuesto legal autorizador de la conducta y la existencia de la base fáctica ponen de manifiesto la motivación sin mayores dificultades, cuando se trata de actos administrativos discrecionales, tal y como he recalcado antes, la motivación adquiere un especial relieve. A ella le corresponde definir la cabida de determinado acto con una configuración concreta, expresando las razones por las que el agente consideró que su elección, en contraste con el grado de determinación legalmente prefijado, era adecuada para hacer realidad el valor consagrado en la ley habilitante.

---

<sup>314</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ distinguen esencialmente cuatro elementos reglados: la propia atribución de la discrecionalidad, la extensión, la competencia para llevarla a cabo y, obviamente, el fin al que se destina (*vid.* E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, V. I, *cit.*, p. 479).



Tal y como justifica FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ<sup>315</sup>, al indicar las razones que contribuyeron para formar la decisión, una vez considerado el fundamento de hecho que la provocó, cumple una finalidad instrumental. Es posible inferir a partir de la misma, si la voluntad legal se materializó, así como si la consecuencia jurídica fue, de hecho, el atendimento del interés público que la sostuvo. Precisamente por ello, la motivación también ofrece elementos para el ejercicio del Derecho de defensa.

Por pura lógica y dando continuidad al razonamiento, la motivación asume la relevante función de servir de baremo para el control discrecional, ya sea el del ciudadano que sufre directamente los efectos del acto discrecional, al tener en su haber una posición jurídica, o también el control judicial, así como, en un sentido más amplio, el control social democrático ejercido por los ciudadanos indistintamente<sup>316</sup>.

La motivación se consolida en la indicación de los elementos constitutivos de la apreciación y la valoración acerca de los hechos propios del agente público, los cuales surgen a partir del contraste de la situación de hecho con la hipótesis normativa y de la cabida de la conducta elegida.

Le cabe a la exposición de los motivos tanto dilucidar el modo como se ha procedido, como considerar los intereses en función de la norma habilitante, de tal manera que se pueda evaluar a partir de la motivación, si el acto administrativo se rigió por el interés público que guía la hipótesis o se derivó de la mera voluntad del agente público, consistiendo, en realidad, en una arbitrariedad.

De hecho, la arbitrariedad se caracteriza en aquellos supuestos donde no es posible verificar una fundamentación objetiva, congruente y vinculada con la realidad en la que radica, o tampoco sostenible<sup>317</sup>. En mi modesta opinión, considero que la sostenibilidad de la decisión es uno de los aspectos más importantes, en la medida en que, formalmente, es posible que una determinada elección sea a la vez congruente y

---

<sup>315</sup> Vid. T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *De la arbitrariedad de la Administración*, cit., p. 81.

<sup>316</sup> Vid. J. IGARTUA SALAVERRÍA, *Discrecionalidad y motivación (Algunos aspectos teóricos-generales)*, Revista Vasca de Administración Pública, Guipúzcoa, IVAP, n.º 64, 2001, p. 127.

<sup>317</sup> Vid. T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *De la arbitrariedad de la Administración*, cit., p. 152 y 154.

vinculada, aunque no sostenible para un determinado caso concreto, motivo por el que considero a este tema un elemento material del control.

Acerca de este tema, GALLEGO ANABITARTE advierte que, para posibilitar el pleno control judicial de la actividad administrativa, los razonamientos indicados como sus fundamentos deben ser racionales, lógicos y capaces de desvelar al juez el *iter* seguido por el agente público en la argumentación<sup>318</sup>. Sea como sea, a ello hay que añadirle, al igual que lo hizo VIEIRA DE ANDRADE, el atributo de la suficiencia, sin el que no es posible considerar el discurso asociado al acto discrecional como efectivamente justificativo<sup>319</sup>.

Esta consideración también consta en las diferentes sentencias comentadas por FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ en *De la Arbitrariedad de la Administración*, de donde se extrae que la premisa que permite distinguir si una actividad es arbitraria o discrecional es la relación de disonancia de esta última con la realidad de los hechos en los que estriba<sup>320</sup>.

Según el referido autor, el cual se apoya en el pensamiento de GALLINGAN, la doctrina de hoy en día es unánime al sostener que la Administración Pública se rige por el deber de actuar racionalmente. En realidad, a pesar de que el autor reconozca que la racionalidad es una noción compleja, también sostiene de forma contundente que «the most rudimentary requirements of political morality are that in exercising discretionary powers, officials should comply with standards of rationality, purposiveness, and morality»<sup>321</sup>.

---

<sup>318</sup> Vid. A. GALLEGO ANABITARTE, Prólogo de MOZO SEOANE, *La discrecionalidad de la Administración Pública en España. Análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal*, 189-1983, Montecorvo Madrid, 1985, p. 28.

<sup>319</sup> Vid. J. C. VIEIRA DE ANDRADE, *O dever da fundamentação expressa de actos administrativos*, cit., p. 232.

<sup>320</sup> Vid. T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *De la arbitrariedad de la Administración*, cit., p. 88.

<sup>321</sup> Vid. D. J. GALLINGAN, *Discretionary Powers. A Legal Study of Official Discretion*, Clarendon Press, Oxford, 2011, p. 4-5.

## 7.2. Aspectos controvertidos del control de la discrecionalidad

A partir de lo que se ha puesto de relieve en varios de los capítulos precedentes, es obvio que las actividades administrativas no se rigen por pautas omnímodas, capaces de proporcionar un modelo de control preciso de los actos discrecionales. Esto conlleva una serie de dificultades para el establecimiento de criterios objetivos para el control *externa corporis*, de modo particular, para el que ejerce el Poder Judicial, aunque esto no resulte en que la intervención en el ámbito de la actuación administrativa sea indebida.

Cuando en aras de la objetividad, se acomete la tarea de reducir el problema, es posible afirmar que la principal razón para la abundancia de discusiones radica, básicamente, en el hecho de que la discrecionalidad supone la más genuina expresión del quehacer del Poder Ejecutivo. Tanto es así que el desarrollo de la mayoría de sus tareas está sujeto a cierta ambigüedad.

Al establecer una comparación con los otros dos poderes estatales, se puede percibir que la actuación del Poder Legislativo es la que está al arbitrio de un mayor grado de indeterminación, pues la función creadora es inherente a su ontología. No obstante, su control obedece preceptos muy precisos establecidos por la Constitución. Por su parte, es indudable que el ámbito de actuación del Poder Judicial, en su calidad de intérprete de la Ley, está más acotado y se rige por pautas más concretas, lo que se traduce en una mayor seguridad.

En lo que se refiere al Poder Ejecutivo, muchas de las normas que guían sus actividades le otorgan un ámbito de actuación muy amplio, en el que le cabe la apreciación y la evaluación de los hechos, así como la formación de un juicio sobre la conveniencia y oportunidad de los mismos. Esto, al fin y al cabo, le permite un gran margen de maniobra sobre las cuestiones relativas al mérito de los supuestos. Así ocurre, inclusive, cuando se legislan parámetros de obligado cumplimiento para la Administración Pública, tal y como he puesto de manifiesto previamente, pues el poder

de apreciación en el ámbito de las opciones públicas implica un cierto grado de indeterminación en la conducta administrativa<sup>322</sup>.

Ese grado de indeterminación tiene un efecto jurídico: dificulta la definición de la extensión del control que debe ejercer el Poder Judicial, lo que exige el establecimiento de marcos muy bien delimitados para que este último no invada la esfera de libertad de la que dispone la Administración Pública, así como para preservar el acatamiento de la separación constitucional de poderes. En tal contexto, la divergencia doctrinal radica, precisamente, en la determinación de los marcos que son aceptables para el referido control.

Lo cierto es que, tal y como subrayan GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, tanto el grado de discrecionalidad como la extensión del control dependen «en primer término de la estructura y de la densidad de regulación de los enunciados legales, que no siguen categorías previas, pero también de las circunstancias del caso, que el juez aprecia más cercanamente»<sup>323</sup>.

Una vez dicho esto, cabe examinar la tan extendida problemática del control del contingente fundamentalmente discrecional de la actividad administrativa, ya desprovista de todo elemento reglado. Los primeros métodos de control de la discrecionalidad fueron desarrollados por el Consejo de Estado francés, el cual admitió inicialmente el recurso por exceso de poder, mediante el que era posible anular un acto administrativo bajo la alegación de vicio de competencia. Más adelante, admitió la técnica de la desviación de poder, a través de la cual era posible verificar la consonancia del acto a los fines consagrados por la norma. A modo de resumen, se puede afirmar que la desviación de poder en el ejercicio de un poder discrecional se verifica siempre y cuando el motivo por el que se actúa no está en armonía con los fines de la norma.

El perfeccionamiento del control mediante el progreso jurisprudencial y doctrinal en dicho país ha redundado en que, a día de hoy, la doctrina proponga en la

---

<sup>322</sup> COUTO E SILVA hace un análisis sobre esas distinciones, aunque con un enfoque muy distinto (*vid.* A. COUTO E SILVA, *Poder discricionário no Direito Brasileiro*, cit., p. 97).

<sup>323</sup> *Vid.* E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, V. I, cit., p. 491.

mayoría de los casos otras cuatro técnicas: el control de la calificación jurídica de los hechos (control normal y verificación de la existencia del soporte fáctico), el control del error manifiesto de apreciación (error craso, evidente, que diverge del buen sentido y deriva hacia la arbitrariedad), el control del balance (ponderación) y el control de la proporcionalidad (evalúa la adecuación de la acción administrativa a los hechos determinantes)<sup>324</sup>. Esta que acabo de describir es una de las maneras de concebir el control de la potestad discrecional.

Al considerar este tema desde otra perspectiva, es importante volver a mencionar que una parte de los teóricos del Derecho administrativo defiende que los supuestos legislativos que se valen de conceptos jurídicos indeterminados otorgan cierta discrecionalidad y que ellos mismos representan un límite a la libertad de actuación del administrador. En otras palabras, el uso de conceptos imprecisos consistiría en una técnica de control de la potestad discrecional, al establecer unos parámetros mínimos para la acción administrativa.

Sin embargo, tal y como he referido previamente, en mi modesta opinión, los casos en que la Ley hace uso de conceptos jurídicos indeterminados no representan la adjudicación de un poder discrecional, sino que solo consisten en un recurso a una fuente externa de concepción, la cual es definida mediante un proceso intelectual del agente. Esto es así dado que no hay oportunidad ni para el juicio personal del agente, así como tampoco hay un margen de maniobra o de apreciación de los hechos, ya que lo que sí que se acomete es la tarea de precisar el contenido de un determinado término, mediante el uso del conocimiento técnico o de los juicios de valor externos al agente.

Para FREITAS, aun en los casos en los que existan diferentes soluciones válidas, el control de la opción administrativa es perfectamente posible, puesto que «não merece prosperar a escolha administrativa que não se mostra justificável, empírica e juridicamente. A escolha administrativa (baseada em juízos de qualidade) pode até não

---

<sup>324</sup> Vid. P. SERRAND, *Le controle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire de l'administration à travers la jurisprudence recente*, Revue de Droit Public n.º 4, 2012, p. 904.

ser, no geral das vezes, diretamente controlável, mas o vício ou o demérito será sempre sindicável»<sup>325</sup>.

La doctrina especializada es profusa en la presentación de técnicas de control de la actividad discrecional, las cuales versan, por lo general, sobre las especificidades de los distintos grados de densidad normativa del supuesto discrecional. Pese a ello y para los fines de esta tesis, me parece que las tres técnicas propuestas por GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ son más que suficientes, puesto que pueden ser aplicadas a un amplio conjunto de circunstancias<sup>326</sup>.

Los dos catedráticos invocan como técnicas (1) el control de los elementos reglados de la potestad discrecional, el cual comprende la desviación de poder; (2) el control de los hechos determinantes; (3) el control por los principios generales del Derecho.

El control de los elementos reglados ya ha sido examinado previamente y no ofrece dificultades, salvo en los casos de desviación de poder, como ya se ha puesto de manifiesto. A su vez, el control de los hechos determinantes está asociado directamente a la motivación del acto, elemento que permite la verificación de la existencia misma del supuesto de hecho y la consecuente adecuación del acto administrativo practicado, algo que también que se ha abordado con anterioridad.

De cualquier forma y sin abandonar todavía los hechos determinantes, viene al caso que uno de los propósitos de su control es la verificación de si las circunstancias que se aducen como generadoras del acto son de hecho concretas, así como de que si hay congruencia entre ellos. Dicho sea de otro modo, si la calificación jurídica de los actos cumple escrupulosamente con los parámetros de hecho invocados por la Administración Pública. El control así delineado pretende discernir si no hay vicios atinentes a un error de hecho (en la calificación de los hechos) o de Derecho (en la subsunción de los hechos en la norma o en la elección de las consecuencias jurídicas).

---

<sup>325</sup> Vid. J. DE FREITAS, *Discricionariedade Administrativa: O Controle de Prioridades Constitucionais*, Revista NEJ - Eletrônica, Vol. 18 - n. 3 - p. 416-434 / set-dez 2013 p. 424-425.

<sup>326</sup> Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, V. I, cit., p.491.

Finalmente, al examinar los principios generales del Derecho, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, aseveran que «son una condensación de los grandes valores jurídicos materiales que constituyen el *abstractum* del Ordenamiento y de la experiencia reiterada de la vida jurídica»<sup>327</sup>. Es decir, son las balizas jurídicas que informan claramente las bases del ordenamiento y que contribuyen a la formación de una convicción objetiva, determinada y consistente, sobre la actividad administrativa fiscalizada, a la vez que proporcionan con imparcialidad los parámetros de control de la actuación administrativa por el Poder Judicial.

Los dos autores llaman la atención sobre el hecho de que el control mediante los principios generales del Derecho, ayuda a esclarecer cuál es el valor jurídico al que se ha dado preferencia en la actividad administrativa, lo que hace posible distinguir entre el legítimo ejercicio discrecional y la arbitrariedad. No hay que olvidar, tal y como se ha puesto de manifiesto previamente, que el rechazo de la arbitrariedad es uno de los más importantes pilares del Estado de Derecho, no solo porque representa una garantía para los ciudadanos frente al Estado, sino porque también ampara al Estado ante al Gobierno<sup>328</sup>.

Es por este motivo por el que la teoría de la interpretación constitucional consolidada en los distintos ordenamientos jurídicos converge en la interdicción de la arbitrariedad, ya sea con fundamento en la estricta legalidad, o apoyándose en los principios de la proporcionalidad y de la razonabilidad, una vez que no hay como concebir como legítimo lo que es notoriamente arbitrario. En este sentido, la Constitución española, en concreto, fue un paso más allá y lo positivizó de forma expresa (artículo 9.3, *in fine*).

Dando continuidad a este razonamiento, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ sostiene que la razonabilidad y la racionalidad son importantes criterios a ser sindicados cuando se pretende definir si una actividad proclamada como discrecional, no acabó por derivar

---

<sup>327</sup> Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, V. I, cit., p. 500. En este mismo sentido, VALLE FIGUEIREDO, quien incluye los principios constitucionales en la categoría de los principios generales del Derecho, ya sean ellos explícitos o implícitos (vid. L. VALLE FIGUEIREDO, *Controle da Administração Pública*, RT, São Paulo, 1991, p. 43).

<sup>328</sup> Vid. S. CASSESE. *Las Bases del Derecho Administrativo*, cit., p. 27.

hacia la arbitrariedad. De modo muy resumido, IGARTUA SALAVERRÍA es partícipe de esta doctrina<sup>329</sup>, además de identificar a la discrecionalidad como «un fenómeno perteneciente a la esfera de la racionalidad»<sup>330</sup>.

Este último entendimiento, a pesar de ser muy persuasivo, no me parece tan acertado, dado que considero, con toda modestia, que la racionalidad y la razonabilidad no constituyen propiamente un género de la actividad administrativa, sino que representan un modo de actuar.

### **7.3. Las bases constitucionales del control de discrecionalidad**

ZANELLA DI PIETRO observa que, además de los sentidos formales y materiales, en la actualidad se valora igualmente el sentido axiológico de la Ley, lo que amplía la noción del principio de la legalidad, pues intervienen principios constitucionalmente consagrados. Esto conlleva, consecuentemente, la ampliación de la esfera de control del Poder Judicial sobre la discrecionalidad administrativa.

La autora ejemplifica su idea mediante la invocación de la posibilidad de un contraste del acto administrativo controvertido no solo con los principios generales de Derecho, sino, también, con los principios de la moralidad, de la razonabilidad o de la supremacía del interés público, entre otros<sup>331</sup>.

Ante esta realidad, es necesario definir hacia dónde puede avanzar el control judicial de los actos discrecionales, algo que seguramente constituye la más controvertida cuestión que desde siempre ha preocupado a los administrativistas.

En España, se suscitó un conocido y fructífero debate sobre el tema, pues, a mi entender, convocó de nuevo a la doctrina en torno a las controversias que se continúan levantando a causa del control externo de la Administración Pública. Sin

---

<sup>329</sup> Vid. J. IGARTUA SALAVERRÍA, *Discrecionalidad, arbitrariedad y control judicial*, cit., p. 98.

<sup>330</sup> Vid. J. IGARTUA SALAVERRÍA, *Discrecionalidad, arbitrariedad y control judicial*, cit., p. 101.

<sup>331</sup> Vid. M. S. ZANELLA DI PIETRO, *Da constitucionalização do direito administrativo – Reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa*, *Atualidades Jurídicas Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Fórum*, Belo Horizonte, ano 2, n.º 2, p. 2. Fecha de consulta: 23/04/2016. <http://www.editoraforum.com.br/ef/wp-content/uploads/2014/05/Da-constitucionalizacao-do-direito-administrativo.pdf>



pretender adentrarme en el mérito de la discusión, lo que me parece incontestable es que tales disensiones contribuyeron al florecimiento de un sinfín de estudios y nuevas consideraciones académicas sobre un tema clásico y siempre actual.

Antes de cualquier otra cosa, sostengo que contribuciones como esta son imprescindibles para la modernización de la teoría jurídica, algo que afirmo sin miedo a equivocarme. Esto se debe a que mi óptica pertenece a un país en donde, a mediados de la década de los ochenta, se desarrolló una teoría del control de la discrecionalidad administrativa que fue considerada impecable en su época y que fue objeto de tantos elogios, que aún continúa dictando en Brasil todo el sistema del susodicho control<sup>332</sup>.

Ella subsistió al cambio constitucional de 1988, y en lo que atañe a esta tesis, en lo que concierne a las alteraciones que introdujo en los principios rectores de la Administración Pública. Estos cambios, a mi entender, plasmaron en el contexto jurídico, una profunda revisión de los valores admitidos por la sociedad hasta aquel entonces, de forma que deberían servir de norte para una revisión de la teoría del control de la discrecionalidad vigente.

De vuelta a la controversia que se suscitó en España, insisto que aún representa una fuente de reflexiones que traspasa las fronteras de dicho país, de modo que es precisamente ahí donde reside su importancia, por lo que creo que es pertinente hacer una breve mención de la misma, aunque, eso sí, sin adentrarme en un estudio analítico de ella.

Para comenzar, hay que remitirse al razonamiento de FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, quien parte de la idea de que el control judicial que se puede ejercer sobre un acto administrativo no se restringe a la legalidad, sino que, más bien, fiscaliza la juridicidad del mismo. Esto habilita al juez a ejercer un control integral sobre la actividad administrativa litigiosa, pues «la última palabra la tiene siempre el

---

<sup>332</sup> Me refiero a la teoría desarrollada por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO en su libro *Discrecionalidade e Controle Jurisdicional*, la cual representó en su día, un importante marco para la temática del control de la Administración Pública. El autor propuso un modelo específico de control, en el que se admite el control de los motivos (subsistencia e idoneidad), de la finalidad y de la causa del acto, aunque excluyó por completo el examen de la aplicación de conceptos legales de contenido impreciso y de los aspectos de conveniencia y oportunidad (*vid.* C. A. BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, 14.<sup>a</sup> ed., Malheiros, São Paulo, 2002, p. 825-832).

Derecho»<sup>333</sup>. Objetivamente, admite que tal control debe evaluar: 1) la motivación del acto; 2) la adecuación del mismo a la realidad de las razones invocadas, en el sentido de su conformidad con los hechos determinantes y con los parámetros jurídicos pertinentes; 3) la relación de coherencia entre las razones invocadas y la decisión adoptada.

También señala que del ejercicio de control pueden resultar dos consecuencias diferentes: la anulación del acto administrativo, que es la más común y cuya cabida es indiscutible para la doctrina, o la excepcional sustitución de la decisión administrativa por una judicial. En dichos e infrecuentes casos, afirma que, además de anular el acto, el juez soluciona la controversia substituyendo al administrador. Esencialmente, es en este tipo de decisiones judiciales en donde radican las controversias sobre el control judicial.

El autor afirma categóricamente que, siempre y cuando no existan distintas soluciones igualmente posibles, o sea, que no haya cabida para la elección de una entre distintas hipótesis<sup>334</sup>, y que haya «elementos de juicio suficientes para realizar una crítica seria y fundada de la decisión atacada y una valoración de las circunstancias de hecho igualmente consistente»<sup>335</sup>, es admisible el control mediante la sustitución.

Además, pone de manifiesto su preocupación con el escenario español en lo que se refiere a la existencia de dos factores generadores de tensión: en primer lugar, el ejercicio del control judicial desprovisto de criterios objetivos y uniformes, lo que ha generado indefinición acerca de la intensidad de dicho control; en segundo lugar, el intento de ciertos juristas de establecer márgenes exentos de control, bajo el pretexto de circunscribir una zona propia de actuación administrativa. Con el objeto de evitar este escenario, al que denominó sincrético, defiende una redefinición del sistema de control, para lo cual propugna la estructuración de un modelo que tenga como fundamento el principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad<sup>336</sup>.

---

<sup>333</sup> Vid. T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *De la arbitrariedad de la Administración*, cit., p. 145.

<sup>334</sup> De acuerdo con ATIENZA, que la discrecionalidad haya sido reducida a cero (vid. M. ATIENZA, *Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica*, REDA, 85, 1995, p. 8).

<sup>335</sup> Vid. T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *De la Arbitrariedad de la Administración*, cit., p. 102.

<sup>336</sup> Vid. T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *De la arbitrariedad de la Administración*, cit., p. 76.

En esta misma controversia también tuvo parte activa BELTRÁN DE FELIPE, quien defiende que la sustitución de un acto o de una decisión por otra, tiene cabida toda vez que «no exista margen de apreciación que resulte de la potestad ejercitada, por haberse reducido o limitado la inicial discrecionalidad, existiendo una única solución»<sup>337</sup>. Sin embargo advierte que la incongruencia entre la decisión revisada y la realidad de los hechos no autoriza *per se* dicha sustitución.

Asimismo, argumenta que «la conclusión a extraer es pues que el Tribunal no se sitúa en lugar de la Administración y decide lo que es razonable sino que comprueba si la decisión es o no la que razonablemente cabe exigir de un buen y coherente administrador. Lo que se examina son los *límites negativos* de la decisión discrecional (el no haber actuado irrazonablemente) y no sus *elementos internos*: el Tribunal se mantiene al margen del núcleo de la discrecionalidad (de la elección entre las diferentes posibilidades de actuación permitidas y queridas por el Derecho) y por tanto dentro de la razonabilidad»<sup>338</sup>.

Es posible percibir que para esta doctrina, la unidad de solución es el elemento objetivo que da lugar a la sustitución de la decisión administrativa por una judicial. Esto no es casual, ya que no se puede admitir que el Poder Judicial ejerza opciones administrativas, sino tan solo reconocer que, debido a sus especificidades, no se puede hablar de multiplicidad de soluciones para un caso concreto que, en principio, era discrecional. Por otro lado, también es indispensable que las pruebas que se aporten en los autos judiciales sean robustas y suficientes. En consecuencia, al menos en mi opinión, la posibilidad de la referida sustitución solo surge en raras oportunidades.

En una posición divergente a la mencionada, parte de la doctrina rechaza tajantemente la sustitución, como es el caso de PAREJO ALFONSO, a quien le pertenece la tesis de que «el riesgo de subjetivismo y aun decisionismo judiciales, de simple sustitución de la discrecionalidad (y en su caso, arbitrariedad) de la Administración por la discrecionalidad (y, en su caso, arbitrariedad, ¿por qué no?) del Juez, es en tal

---

<sup>337</sup> Vid. M. BELTRÁN DE FELIPE, *Discrecionalidad administrativa y Constitución cit.*, p. 108.

<sup>338</sup> Vid. M. BELTRÁN DE FELIPE, *Discrecionalidad administrativa y Constitución, cit.*, p. 99.

situación cierto»<sup>339</sup>. Las objeciones del autor se extienden incluso a los casos en los que el conjunto probatorio sea suficiente, por considerar que la propia valoración judicial sobre lo que es suficiente ya configura una sustitución del juicio administrativo<sup>340</sup>.

Aparte, también sostiene que el análisis constitucional del tema no puede centrarse exclusivamente en el principio de la interdicción de la arbitrariedad, dado que su contenido está cargado de una alta carga de generalidad y abstracción. Lo mismo afirma con relación a los principios de racionalidad y razonabilidad, por lo que defiende que el juez, cuando examina un acto administrativo, solo puede tomar en consideración el Derecho y está imposibilitado de producir reglas jurídicas, aunque sea de forma específica para un determinado supuesto de hecho<sup>341</sup>.

Por lo que se puede ver, la teoría del autor se centra en la naturaleza de la función constitucional del juez, que es la de la revisión del acto administrativo. Ahora bien, conforme menciona ATIENZA, también es de PAREJO ALFONSO la ponderación de que es posible que, en la práctica y en casos singulares, las especiales características del supuesto impliquen una atenuación de su discrecionalidad o hasta su supresión.<sup>342</sup>

SÁNCHEZ MORÓN también se pronunció sobre este tema, poniendo de relieve que «los jueces no pueden interferir en los aspectos políticos, técnicos o, de cualquier forma, no jurídicos de la decisión sin exceder la esfera de las funciones que tienen atribuidas»<sup>343</sup>. Justo por ello, advierte que hay que manejar con cautela las técnicas de control pautadas por la razonabilidad, la proporcionalidad y los conceptos jurídicos indeterminados<sup>344</sup>.

---

<sup>339</sup> Vid. L. PAREJO ALFONSO, *Administrar y juzgar dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 36.

<sup>340</sup> Vid. L. PAREJO ALFONSO, *Administrar y juzgar dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, cit., p. 38.

<sup>341</sup> Vid. L. PAREJO ALFONSO, *Administrar y juzgar dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, cit., p. 50.

<sup>342</sup> Vid. L. PAREJO ALFONSO, *Administrar y juzgar dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, cit., p. 124. Sobre esa afirmación, ATIENZA arroja luz sobre una posible convergencia entre la opinión de PAREJO ALFONSO y la de FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (vid. M. ATIENZA, *Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica*, cit., p. 8).

<sup>343</sup> Vid. M. SÁNCHEZ MORÓN, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1995, 1.ª ed., reimpresión, p. 92.

<sup>344</sup> Vid. M. SÁNCHEZ MORÓN, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, cit., p. 92.

En este mismo sentido, SÁNCHEZ MORÓN considera que la discrecionalidad «por definición, contiene siempre algún elemento insusceptible de medirse con meros parámetros jurídicos»<sup>345</sup>, de forma que «la función de juzgar comporta el control de los aspectos estrictamente jurídicos del ejercicio de los poderes discrecionales, pero no la substitución de las decisiones administrativas discrecionales por la de los jueces y tribunales»<sup>346</sup>.

También defiende que el control judicial de la discrecionalidad administrativa debe atenerse «al control de la desviación de poder, al de la existencia de los hechos determinantes y al del error de Derecho que derive de una aplicación manifiestamente incorrecta de los mismos, al control del respeto a los principios generales del Derecho, incluyendo el de la decisiones arbitrarias por manifiestamente irrazonables o desproporcionadas, así como al control del cumplimiento de las garantías organizativas, procedimentales y formales (motivación) que vinculan en todo caso el ejercicio de las potestades discrecionales»<sup>347</sup>

En un entendimiento que coincide con el de PAREJO ALFONSO, asevera que el juez no puede sustituir al administrador y determinar el contenido de la decisión anulada, excepto en los casos en que «se llegue a la conclusión, mediante razonamiento jurídico, de que solo hay una solución posible en Derecho. Pero esto equivale a decir que la decisión a adoptar en el caso no era discrecional, sino reglada»<sup>348</sup>.

La doctrina ha sido profusa en manifestaciones sobre estas tesis en cuestión. Solo quiero destacar dos entendimientos, pues sintetizan el panorama que se instauró, de manera suficiente para los propósitos de este trabajo. Ellos son el de ATIENZA y el de DESDENTADO DAROCA.

Al examinar la controversia con detenimiento, ATIENZA advirtió que la discrepancia de opiniones, a pesar de que efectivamente exista, no es tan expresiva como podría parecer a primera vista y como, tal vez, hayan advertido los propios

---

<sup>345</sup> Vid. M. SÁNCHEZ MORÓN, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, cit., p. 115.

<sup>346</sup> Vid. M. SÁNCHEZ MORÓN, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, cit., p. 93.

<sup>347</sup> Vid. M. SÁNCHEZ MORÓN, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, cit., p. 159.

<sup>348</sup> Vid. M. SÁNCHEZ MORÓN, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, cit., p. 159.

autores. De hecho, al contrastar las convicciones de los autores, subrayó que se pueden identificar convergencias en que la substitución del administrador por el juez solo es admisible en contadísimas y peculiarísimas ocasiones, a saber, cuando se verifique la inexistencia de una pluralidad de soluciones válidas y la suficiencia del conjunto probatorio<sup>349</sup>.

En este contexto, afirma que «el único elemento que SÁNCHEZ MORÓN no parece tener en cuenta, en relación con el anterior *test* de racionalidad, es el control de coherencia, pero simplemente porque lo denomina de otra forma (¿qué es —qué puede ser— una decisión "manifiestamente irrazonable o desproporcionada" sino una decisión "incoherente"?)»<sup>350</sup>.

Ahora bien, reconoce que tanto SÁNCHEZ MORÓN como PAREJO ALFONSO no aceptan la posición de FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ de que sí es posible el control mediante la sustitución, puesto que puede dar paso a una indebida intromisión del Poder Judicial en un terreno propio del Ejecutivo, lo que redundaría en un indeseado activismo judicial<sup>351</sup>.

También identifica divergencias en lo que se refiere a los presupuestos teóricos, especialmente, en lo relativo al fundamento del control (perspectiva histórica, según FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ; la Constitución, según los otros dos autores) y, también, con relación a la carga de importancia delegada en el principio de interdicción de la arbitrariedad (primordial para FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ; cuya aplicación demanda el apoyo en otros principios y reglas de contenido más concreto<sup>352</sup>, en la visión de PAREJO ALFONSO y SÁNCHEZ MORÓN). Asimismo, subraya que estos dos autores niegan tajantemente que los jueces puedan legislar al juzgar un determinado supuesto.

---

<sup>349</sup> Vid. M. ATIENZA, *Sobre el control de la discrecionalidad administrativa: comentarios a una polémica*, cit., p. 8.

<sup>350</sup> Vid. M. ATIENZA, *Sobre el control de la discrecionalidad administrativa: comentarios a una polémica*, cit., p. 9.

<sup>351</sup> Vid. M. ATIENZA, *Sobre el control de la discrecionalidad administrativa: comentarios a una polémica*, cit., p. 9.

<sup>352</sup> Vid. M. ATIENZA, *Sobre el control de la discrecionalidad administrativa: comentarios a una polémica*, cit., p. 10.

Obviamente, el examen de la controversia de ATIENZA es mucho más exhaustivo que el que aquí se aborda, aunque se debe destacar que el autor hace una crítica de la idea de PAREJO ALFONSO de que los principios son aplicables desde una perspectiva de optimización, es decir, el cumplimiento de que su mandato está directamente vinculado a la posibilidad jurídica. Esto se debe a que considera, en comunión con la doctrina de DWORKIN y de modo contrapuesto a la de ALEXY, que una vez definido qué principio prevalece en un supuesto dado, su cumplimiento debe ser pleno<sup>353</sup>.

Además, afirma explícitamente que no es desmedido considerar la interdicción de la arbitrariedad como el punto de partida del control de la discrecionalidad, principio que considera que tiene una «prioridad *prima facie*, lo que, naturalmente, significa que no tiene carácter absoluto». Finalmente, refuta el argumento de que a los jueces no les es dada la creación de leyes para casos concretos, para lo que se remite al papel de los principios generales del Derecho, en su calidad de guías de las decisiones judiciales<sup>354</sup>.

A su vez, DESDENTADO DAROCA, comparte el entendimiento de que hay puntos coincidentes en las defensas de FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, PAREJO ALFONSO y SÁNCHEZ MORÓN, además de subrayar que los autores no divergen sobre la plena sumisión de la Administración a la Ley y al Derecho ni carga de la legitimidad de las potestades discrecionales. Tampoco considera que discrepen en cuanto a la existencia de un ámbito propio de actuación de la Administración ni al respecto de lo extraordinario que es el control por sustitución. A partir de estas consideraciones, la autora afirma que la divergencia no se fundamenta en los principios básicos del control, sino «en primer lugar, en la concepción del Derecho y, en segundo lugar, en la actitud o sensibilidad al tema»<sup>355</sup>.

Añade que, mientras la preocupación de FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ es la de construir una teoría que proporcione la eliminación de la arbitrariedad, la de PAREJO

---

<sup>353</sup> Vid. M. ATIENZA, *Sobre el control de la discrecionalidad administrativa: comentarios a una polémica*, cit., p. 12.

<sup>354</sup> Vid. M. ATIENZA, *Sobre el control de la discrecionalidad administrativa: comentarios a una polémica*, cit., ambas citas del párrafo son de la p. 13.

<sup>355</sup> Vid. E. DESDENTADO DAROCA, *Discrecionalidad Administrativa y Planeamiento Urbanístico. Construcción Teórica y Análisis Jurisprudencial*, Aranzadi, Pamplona, 1997, s/ed., p. 206-207.

ALFONSO y SÁNCHEZ MORÓN consiste en eliminar las posibilidades de activismo judicial al que, a su entender, algunas técnicas de control pueden dar lugar.

En definitiva, me parece que tanto a ATIENZA como a DESDENTADO DAROCA les asiste la razón, por lo que habría que matizar la polémica. Tal vez, ella no sea tan expresiva, aunque es innegable que el impacto que produjo y continúa produciendo, dé lugar a reflexiones en el mundo jurídico, lo que desde luego contribuye al desarrollo del sistema de control, no solo en lo concerniente a la discrecionalidad administrativa, sino a la actuación administrativa concebida en su conjunto.

Es incontestable que las cuestiones a las que aluden todos los autores y que he comentado superficialmente, tienen relevancia jurídica. Naturalmente, considero que no se puede desprestigiar la importancia del principio de la interdicción de la arbitrariedad, en la organización del sistema de control de la Administración Pública.

Esto es válido tanto en el caso de España, a través de la determinación expresada constitucionalmente, como en el de otros órdenes constitucionales en los que se observa el principio de la proporcionalidad<sup>356</sup>. A este propósito, se debe recordar, tal y como he comentado anteriormente, que el susodicho principio de la interdicción está vinculado de forma directa con el de la proporcionalidad.

Asimismo, el principio de la interdicción supone tanto un límite para el ejercicio de la potestad discrecional como un parámetro objetivo para la misma, que con ocasión del control de un hecho concreto, se transforma en un elemento perfectamente fiscalizable.

También hay que añadir que la circunstancia de que tenga un contenido impreciso no impide, de ninguna manera, que sea uno de los elementos claves del sistema de control, puesto que el contenido de los conceptos imprecisos es determinado en cada caso concreto, a partir de la evaluación de los elementos proporcionados por la

---

<sup>356</sup>Es necesario aclarar que en este trabajo se utiliza la definición de principio de ALEXI, la cual se puede resumir del siguiente modo: «los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos» (vid. R. ALEXI, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 86).



hipótesis normativa. La verdad es que tal operación no va más allá de la que se lleva a cabo, por lo general, en los otros supuestos que contengan conceptos jurídicos indeterminados.

Es por este motivo por el que difiero del argumento de PAREJO ALFONSO antes mencionado, quien critica la vertebración del sistema a partir del principio de interdicción a la arbitrariedad en razón de su imprecisión.

Tampoco concuerdo con la objeción de que, dado que en ciertas ocasiones, la aplicación de la interdicción de la arbitrariedad demanda el apoyo en otros principios para su concreción, ello redunde en detrimento de su importancia. La razón no es otra sino que la praxis administrativa consiste, precisamente, en esto: una incesante conjugación de reglas y principios jurídicos en el afán de realizar la finalidad de la norma y, al fin y al cabo, el mejor interés público.

Dicha conjugación, además de no restar importancia a la interdicción de la arbitrariedad, jurídicamente no representa nada más que un ejercicio de ponderación. De ahí que, a mi parecer, puede ser perfectamente fiscalizada mediante el examen de la motivación del acto, el cual asume el papel de baliza para la actuación judicial.

Me parece evidente que, para un control de esta naturaleza, es necesario que medien otros principios de semejante importancia. Me refiero al señalado principio de proporcionalidad (*tests* de adecuación, necesidad proporcionalidad sentido restricto), el cual debe coadyuvar junto con los demás principios rectores de la actividad administrativa a los que antes me he referido, los de razonabilidad y racionalidad<sup>357</sup>. Por su parte, la estructura del control sí que es de índole muy distinta a la ejercida clásicamente, aunque no deje de ser eminentemente jurídica. Justo por ello, entiendo que la vía del control que también se basa en los principios, así como en las otras

---

<sup>357</sup> Por ejemplo, los que figuran en el artículo 103.1 de la Constitución Española («La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho»), así como los establecidos en el artículo 37 de la Constitución Brasileña «A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência»).

fuentes objetivas, no proporciona mayor o menor oportunidad para el activísimo judicial.

Ahora bien, soy consciente de que el uso de los principios de razonabilidad y racionalidad también conlleva problemas en su aplicación pues, tal y como advierte DESDENTADO DAROCA, «plantea el problema de cuál es su contenido y qué alcance tienen como instrumento de control de la discrecionalidad administrativa»<sup>358</sup>.

De todo lo aquí expuesto, me parece evidente que no es posible, bajo ningún pretexto, prescindir del Poder Judicial en el proceso de verificación de la juridicidad de las opciones administrativas, cualquiera que sea su naturaleza, aunque esto se opere a partir de una estructura bastante compleja y variable en función de cada caso concreto. Esto es así debido a que, como advierte FREITAS, «se é certo que o Poder Judiciário não pode substituir (em regra) o administrador (sem prejuízo do art. 461, do CPC), resulta obrigado a emitir juízo sobre como não deve ser a sua conduta (comissiva ou omissiva), desmistificada a posição escapista de outros tempos»<sup>359</sup>.

Esta afirmación la realiza con el firme propósito de evitar dos situaciones muy comunes en el juicio discrecional que el autor identifica: «uma noção de vinculação dissociada da subordinação a princípios fundamentais e, de outra parte, uma noção de discricionariedade tendente a dar as costas à vinculação constitucional e legal, minando, pela arbitrariedade interdita, o poder de veto do sistema contra os costumes impulsivismo»<sup>360</sup>.

Ahora bien, toda esta exposición considera modelos ideales tanto de la Administración Pública (que razona su actuación y formaliza su motivación) como de la fiscalización judicial (que se ejerce en estricta observancia a la Constitución). Como en toda la actividad humana, es posible que ya sea una o la otra, o incluso ambas, se

---

<sup>358</sup> Vid. E. DESDENTADO DAROCA, *Discrecionalidad Administrativa y Planeamiento Urbanístico. Construcción Teórica y Análisis Jurisprudencial*, cit., p. 207.

<sup>359</sup> Vid. J. FREITAS, *Discricionariedade Administrativa: Controle das Prioridades Constitucionais*, cit., p. 427.

<sup>360</sup> Vid. J. FREITAS, *Discricionariedade Administrativa: Controle das Prioridades Constitucionais*, cit., p. 426.

desvirtúen, aunque esto no va en detrimento ni de la legitimidad ni del ejercicio discrecional, así como tampoco de su control.

Tras este somero esbozo de la controversia, quiero esclarecer que el mismo tenía como propósito ilustrar parcialmente algunas de las actuales discusiones que se suscitan en España en torno al tema, lo que tiene lugar a pesar de todos los avances y garantías constitucionales vigentes o, quizá, como resultado de los mismos. Resulta obvia la gran dificultad para establecer pautas generales sobre los límites al control de la discrecionalidad administrativa, algo que se extiende a la jurisprudencia y que se traduce en una variación de la intensidad del control que practican los diversos organismos del Poder Judicial.

Esto tiene un importante e indeseable efecto jurídico, la inseguridad jurídica a nivel general, al mismo tiempo que constituye un impedimento para el pleno acceso a la justicia en algunas hipótesis concretas (cuando se controla menos de lo que es posible), en otros supuestos, lo que tiene lugar incluso es que se da ocasión a una indebida intromisión del Poder Judicial en un espacio propio del Ejecutivo (cuando el primero sobrepasa las fronteras de lo jurídico y se adentra en el juicio político).

Es importante advertir que las objeciones de cada autor puestas en relieve en el presente capítulo serán utilizadas, más adelante, para el examen de la discrecionalidad del planeamiento, momento en el que manifestaré más consideraciones adicionales de mi propia autoría.

#### **7.4. El principio de proporcionalidad como criterio de control de la discrecionalidad**

No son raras las veces en las que el ejercicio de potestades discrecionales incide sobre distintos bienes constitucionalmente protegidos, tal como ocurre, verbigracia, en los casos de las normas de desarrollo de derechos y, también, en aquellos en los que el Poder Público ejercita su libertad conformadora. Tampoco es raro que, en ocasiones, esto implique restricciones o conflictos entre los bienes o intereses intervinientes, oportunidad en la que se deberá llevar a cabo un juicio de ponderación

entre los mismos, con el objeto de hacer posible que la Administración Pública se posicione y tome una decisión. Este juicio de ponderación, conforme recuerda RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, se desarrolla mediante la identificación de los intereses en juego, la atribución de la importancia de cada uno de ellos y la decisión relativa a cuál de los bienes debe prevalecer y en qué medida debe hacerlo<sup>361</sup>.

Mediante la utilización de este criterio, es posible concebir un control judicial más amplio del que usualmente se ejerce sobre el conjunto de las actividades de los Poderes Públicos, en el que es posible analizar la observancia de la proporcionalidad en las decisiones restrictivas de derechos. En efecto, SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUDERO destaca que tal criterio proporciona un amplio espectro de control, una vez que puede ser ejercido en los casos de control de actos legislativos, judiciales y ejecutivos<sup>362</sup>.

Sostiene, además, que «la proporcionalidad es un canon específico, perteneciente al *genus* de la razonabilidad. Este último es reconocido en el artículo 9.3 CE, que prohíbe la arbitrariedad de los Poderes Públicos, mientras que el mandato de proporcionalidad es un mandato más específico, estructurado con fundamento constitucional y legal propio, y dotado de mayores niveles de protección»<sup>363</sup>. Ahora, bien, advierte que la jurisprudencia confunde ambas categorías.

En cuanto a las leyes que limitan derechos, RODRÍGUEZ DE SANTIAGO subraya que dicho juicio permite que el Poder Judicial, «en el caso concreto, examine en qué medida el fin al que sirve el límite legal justifica una determina restricción del derecho fundamental»<sup>364</sup>. Asimismo añade que la posibilidad de controlar el ejercicio de la potestad planeadora de la Administración Pública, pues entiende que es un típico caso en el que la Ley define la finalidad que debe ser alcanzada por la actuación administrativa. En estas oportunidades, defiende que la ponderación de los intereses y

---

<sup>361</sup> Vid. J. M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *La Ponderación de Bienes e Intereses en Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 34.

<sup>362</sup> Vid. D. SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUDERO, *El principio de proporcionalidad en Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, 1.ª ed., p. 40 a 59.

<sup>363</sup> Vid. D. SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUDERO, *El principio de proporcionalidad en Derecho Administrativo*, cit., p. 64-65.

<sup>364</sup> Vid. J. M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *La Ponderación de Bienes e Intereses en Derecho Administrativo*, cit., p. 26.

principios en conflicto tiene como criterio orientador la finalidad establecida por la norma<sup>365</sup>, lo que a mi juicio es un elemento objetivo de control.

En la práctica, la verificación de la corrección del ejercicio de tal juicio se rige por lo que la doctrina suele denominar *test* de proporcionalidad, que, tal como define SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, son juicios cumulativos que actúan con carácter eliminatorio<sup>366</sup>: 1) la adecuación del medio al fin perseguido (tanto su insuficiencia como su exceso redundan en la anulación)<sup>367</sup>; 2) la necesidad de la medida (o la medida menos restrictiva/lesiva para los intereses particulares)<sup>368</sup>; 3) la proporcionalidad en sentido estricto, es decir, el *balance* entre medios y fines (beneficios para el interés público frente al coste individual)<sup>369</sup>.

Lógicamente, esto representa exclusivamente un panorama objetivo de dicho criterio de control, algo que se analizará más detenidamente en un capítulo específico.

---

<sup>365</sup> Vid. J. M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *La Ponderación de Bienes e Intereses en Derecho Administrativo*, cit., p. 44.

<sup>366</sup> Vid. D. SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, *El principio de proporcionalidad en Derecho Administrativo*, cit., p. 163.

<sup>367</sup> Vid. D. SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, *El principio de proporcionalidad en Derecho Administrativo*, cit., p. 170.

<sup>368</sup> Vid. D. SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, *El principio de proporcionalidad en Derecho Administrativo*, cit., p. 190.

<sup>369</sup> Vid. D. SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, *El principio de proporcionalidad en Derecho Administrativo*, cit., p. 206.

## CAPÍTULO V

### LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA PROPIEDAD PRIVADA

#### 1. La propiedad como concepto autorrevisable

El Derecho de propiedad en nuestro tiempo ha asumido una posición muy destacada. Ya sea en cuanto derecho subjetivo, garantía constitucional, reserva de capital, símbolo de poder, objeto de herencia o significativo elemento del mercado, la propiedad, o mejor dicho, las propiedades<sup>370</sup>, representan en la actualidad un importante eje operativo de las relaciones sociales y jurídicas<sup>371</sup>.

Tal y como ocurre con la ciudad, la propiedad tiene la característica de ser bastante adaptable a los cambios, lo que a lo largo de la historia le ha permitido experimentar significativas alteraciones en su concepción y servir de apoyo a las más diversas doctrinas. Sin embargo, al centrar mi análisis en el principio del constitucionalismo, destaco que fue concebida como uno de los derechos inherentes a la condición humana, tal como la vida o la libertad, representaciones precedentes a la noción de sociedad políticamente organizada.

En un primer momento, la concepción del Derecho de propiedad se enfocó en la satisfacción de los intereses del propietario, característica que degeneró en una visión puramente individualista del instituto, la cual se vio reforzada por las revoluciones de finales del siglo XVIII.

---

<sup>370</sup> Al analizar la cuestión, GROSSI asevera que la existencia de una pluralidad de estatutos jurídicos de los bienes culminó «en la edificación de una pluralidad de propiedades» (*vid.* P. GROSSI, *La Propiedad y las Propiedades. Un análisis histórico*, Cuadernos Civitas, Civitas, Madrid, 1992, 1.<sup>a</sup> ed., p. 21). También matiza que, a pesar de los cambios en el instituto, permanece íntegra la *mentalidad propietaria*. (*ídem*, p. 59).

<sup>371</sup> A mi juicio, la virtual adaptación de la concepción de propiedad a los cambios históricos, incluso cuando se considera su condición de derecho subjetivo, se justifica por el hecho de que el concepto de un derecho subjetivo «es un instrumento para la técnica de presentación que sirve exclusivamente a fines sistemáticos», que no tiene un significado en sí mismo, tal y como afirma ROSS (*vid.* A. ROSS, *Tô-Tû*, Quartier Latin, São Paulo, 2004, p. 54). De manera que lo que hacen los cambios es ajustar el concepto del Derecho de propiedad a la realidad y los valores sociales imperantes en cada época.

En aquellos tiempos, la propiedad tenía un carácter casi sagrado y llegó a representar un amplio poder para su titular, lo que se puede comprobar no solo en las declaraciones de derechos posrevolucionarias, sino de un modo más enfático, en el conocido artículo 544 del Código Civil de Napoleón, el cual es adoptado con posterioridad por los ordenamientos jurídicos de diversos países de Occidente.

El ciudadano solo requería del Estado que instituyera un mínimo orden capaz de garantizar un pleno ejercicio de sus derechos<sup>372</sup>. De forma que a aquel le tocaba, estrictamente, intervenir en la propiedad con el exclusivo objeto de establecer derechos de vecindad, imponer limitaciones, servidumbres, expropiaciones justificadas por el interés público y para cohibir el abuso de derecho.

## **2. La protección constitucional de la propiedad y su interpretación**

Dado que con el constitucionalismo moderno se produjo una consolidación de la propiedad como un Derecho de libertad y, por lo tanto, como un derecho fundamental del hombre, el carácter cíclico típico de la misma se vio confirmado. A *posteriori*, la doctrina liberal le infundió una característica puramente individualista, de forma que estableció un orden de valores identificado por GOMES CANOTILHO<sup>373</sup> como individualismo posesivo.

Desde esta misma perspectiva, la garantía de la propiedad privada, al ser un Derecho de defensa frente al Estado, le impuso a este una regla de abstención y salvaguardó a su titular de la confiscación o cualquier tipo de expropiación que no tuviera como destino la satisfacción de un interés público justificado.

Tal y como advierte FERRAJOLI, cuando se realiza una comparación del Derecho de propiedad con los otros derechos fundamentales, es posible percibir una diferencia estructural entre ellos, ya que en el caso de la propiedad, al ciudadano no se le reconoce su derecho a poseer bienes, pues ello, según el autor, depende

---

<sup>372</sup> Vid. J. J. GOMES CANOTILHO, *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, s/ed., p. 30.

<sup>373</sup> Vid. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 378.

exclusivamente de su propia iniciativa, de modo que lo que se conviene es su derecho a convertirse en propietario<sup>374</sup>.

También en términos de comparación, PÉREZ LUÑO afirma que, «de todos los derechos fundamentales, con inmediata repercusión en la estructura y funcionamiento de la actividad económica, sigue revistiendo importancia prioritaria el derecho a la propiedad privada»<sup>375</sup>. La exactitud de esta afirmación es tan evidente que la protección de la propiedad en muchas constituciones no figura en la relación de garantías individuales, sino en el capítulo dedicado al orden económico<sup>376</sup>.

Sin embargo, es importante aclarar que en España hay un significativo debate sobre la naturaleza jurídica del Derecho de propiedad. En efecto, TEJEDOR BIELSA asevera que «no faltan autores que consideran que el de propiedad es un derecho constitucionalmente reconocido en España como derecho fundamental. Entre ellos, conviene recordar por ejemplo a BERMEJO VERA, PÉREZ LUÑO, LOBATO GOMES, ARIÑO ORTIZ, MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ y, más recientemente, REY MARTÍNEZ»<sup>377</sup>.

Pero otros sectores de la doctrina advierten que «la Constitución no incluye, la propiedad en la sección 1.ª, “de los derechos fundamentales y de las libertades públicas”, sino en la 2.ª “de los derechos y deberes de los ciudadanos”, con lo que parece matizar su carácter más contingente»<sup>378</sup>, rechazando el carácter fundamental.

No voy a profundizar esta discusión puesto que lo que es importante para este trabajo es mencionar que la protección constitucional de la propiedad se expresa de dos maneras distintas y complementarias: por una parte y en un plano global, se protege su carácter institucional, es decir, su existencia como instituto jurídico, hecho que impide su exclusión del universo jurídico y que le crea al Estado el deber de ofrecer al

---

<sup>374</sup> Vid. L. FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999, p. 45

<sup>375</sup> Vid. A. PÉREZ LUÑO, *Los Derechos Fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2007, 9.ª Ed. p. 188.

<sup>376</sup> Tal y como ocurre, por ejemplo, con la Constitución portuguesa.

<sup>377</sup> Vid. J. C. TEJEDOR BIELSA, *Propiedad, Equidistribución y Urbanismo*, Aranzadi, Cizur Menor, 1998, s/ed., p. 194

<sup>378</sup> Vid. J. L. LACRUZ BERDEJO, F. DE A. SANCHO REBULLIDA, A. LUNA SERRANO, J. DELGADO ECHEVERRÍA, F. RIVERO HERNÁNDEZ, J. RAMS ALBESA, *Elementos de Derecho Civil III, Derechos Reales*, V. I, *Posesión y Propiedad*, Dykinson, Madrid, 2003, 2.ª ed., p. 248-249.



titular medios materiales y condiciones fácticas que posibiliten el efectivo ejercicio de las libertades fundamentales<sup>379</sup>.

Por otra parte y a nivel individual, se garantiza la posición jurídico-patrimonial del propietario tanto ante el Estado como ante los otros ciudadanos<sup>380</sup>. Ello establece, por lo tanto, un derecho de defensa del titular a fin de protegerle de expropiaciones arbitrarias, confiscaciones y otras medidas discrecionales capaces de eliminar su posición jurídica<sup>381</sup>.

En cuanto a la protección individual, es decir, la mencionada protección de la posición jurídico-patrimonial del titular (la condición de ser propietario), se puede identificar otro desdoblamiento consistente en el poder tener (la capacidad genérica que uno tiene de alcanzar la condición de ser propietario) y el poder utilizar (la capacidad de ejercer las facultades que son inherentes a la propiedad) en conformidad a las normas que la disciplinan<sup>382</sup>.

En estos dos órdenes de protección de la situación jurídica subjetiva del propietario, la doctrina identifica en la propiedad un elemento de orden estático (el poder tener) y un elemento de orden dinámico (el poder utilizar)<sup>383</sup>. Lo que interesa específicamente en la presente tesis es la repercusión del elemento dinámico del instituto en la ordenación urbana, tal y como voy a plantear más adelante en un apartado específico.

De forma resumida, lo que es importante en este punto es que la protección constitucional se traduce en la capacidad potencial que tiene el individuo de convertirse en propietario y de poder mantener esta condición, de suerte que es precisamente esto lo

---

<sup>379</sup> Vid. G. FERREIRA MENDES, *Hermenêutica constitucional e Direitos fundamentais*, Brasília Jurídica, Brasília, 2000, pág. 217-218.

<sup>380</sup> Sobre la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas es remarcable la teoría de K. HESSE (vid. K. HESSE, *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, Civitas, Madrid, 2001, 1.ª ed., reimpresión).

<sup>381</sup> Vid. F. ALVES CORREIA, *O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade*, cit., p. 303-305.

<sup>382</sup> Vid. F. ALVES CORREIA, *O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade*, cit., p.305.

<sup>383</sup> Vid. F. ALVES CORREIA, *O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade*, cit., p.305.

que diferencia al Derecho de propiedad de los demás derechos constitucionalmente salvaguardados<sup>384</sup>.

Dado que lo que se protege no es sencillamente un comportamiento o una actividad del titular del derecho, sino, más bien, una institución jurídica<sup>385</sup>, además del derecho al mantenimiento de la posición jurídica de su titular, es necesaria una reglamentación ordinaria que la configure jurídicamente. Tal y como puntualiza ALEXY, a tales normas les incumbe la definición de la institución en lo pertinente tanto a la posición jurídica del propietario como a las consecuencias a tal posición vinculadas<sup>386</sup>.

Dentro de dicho escenario, la fijación del contenido del derecho, su delimitación y la especificación de las consecuencias jurídicas propias de la posición protegida, corre a cargo de la legislación ordinaria<sup>387</sup>, de manera tal que la propiedad se presenta como un verdadero Derecho estatutario cuyo contenido y facultades son definidos por la legislación ordinaria, la cual, al fin y al cabo, le confiere la posibilidad de materializarse.

Desde esta perspectiva y solo para ejemplificar, al ser un derecho real, sus definiciones elementales de rango eminentemente privado (tales como los modos de adquisición, de pérdida, de convivencia entre los propietarios, etc.), son determinadas por el Derecho civil. Sin embargo, es el Derecho ambiental el que señala el tratamiento jurídico de los impactos que su utilización ocasiona en el medio ambiente y, a su vez, le cabe al Derecho tributario establecer las consecuencias fiscales derivadas, verbigracia, de la condición de ser propietario de bien inmueble. Asimismo, las facultades urbanísticas y, por lo tanto, los modos de disfrute de tal derecho que impactan en la urbe son fijados por las normas urbanísticas.

Obviamente, estos son solamente algunos ejemplos, sin perjuicio de que haya otros muchos a nivel sectorial. Lo que es importante desvelar é que esta miríada de fuentes legislativas pone de manifiesto que al legislador ordinario le cabe la materialización del

---

<sup>384</sup> Vid. M. HOTTELIER, *Constitution et propriété en Suisse*, Revue Internationale de Droit Comparé, cit., p. 145.

<sup>385</sup> Vid. M. HOTTELIER, *Constitution et propriété en Suisse*, cit., p. 147.

<sup>386</sup> Vid. R. ALEXY, *Teoría de los Derechos fundamentales*, cit., p. 193.

<sup>387</sup> Vid. R. ALEXY, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, cit., p. 192-193.

derecho protegido, situación que para muchos sugiere precisamente un deber constitucional de legislar con el fin de conformar y concretar los derechos fundamentales que dependen de desarrollo legislativo ordinario<sup>388</sup>, situación en la cual se encuadra la propiedad.

Además, en lo pertinente de un modo más específico a la propiedad, la mencionada pluralidad de fuentes legislativas que de alguna manera determinan su contenido y la delimitan, pone de relieve cuán alejada está la concepción de Derecho de propiedad imperante hoy en día, de la tesis propugnada por el liberalismo, en cuyo ámbito se la reconocía como un derecho absoluto. Más que ello, la susodicha pluralidad impide la subsistencia de la noción en virtud de la que su contenido es fijo e inmutable, en la medida en que le cabe al legislador ordinario definirla y adecuarla no solo a los valores sociales imperantes en cada época, sino también a las concepciones políticas y económicas preponderantes.

Es manifiesto, por lo tanto, el diálogo de fuentes normativas establecido sobre un mismo instituto y en cuyo ápice se encuentra la Constitución, lo que resulta en la comprensión de que, por un lado, al Derecho constitucional le cabe establecer singulares funciones de garantía, orientación e impulso, tal y como sostiene HESSE<sup>389</sup>. Por su parte, al legislador ordinario le compete definir el contenido de dicha protección y posibilitar que pueda incidir en todos los ámbitos de relaciones establecidas por su titular<sup>390</sup>, tarea legislativa que debe ser llevada a efecto en sintonía con los principios, valores y criterios definidos en la Constitución<sup>391</sup>.

En efecto, las regulaciones ordinarias dictadas ya sea en nombre del bien común, o por la necesidad de conferir operatividad a un derecho fundamental, algo que ocurre de modo particular con la propiedad, confieren al legislador cierta libertad de conformación.

Por supuesto que al ser la propiedad un derecho caracterizado por un fuerte componente económico, el desarrollo de su contenido y de sus facultades mediante la

---

<sup>388</sup> Vid. G. FERREIRA MENDES, *Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade*, Celso Bastos Editor, São Paulo, 1999, 2.ª ed., p. 45-46.

<sup>389</sup> Vid. K. HESSE, *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, cit., p. 63.

<sup>390</sup> Vid. K. HESSE, *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, cit., p. 63.

<sup>391</sup> Vid. J. MIRANDA, *Escritos vários sobre Direitos Fundamentais*, Princípia, Estoril, 2006, 1.ª ed., p. 133.

legislación ordinaria suscita muchas discusiones, en las que, sobre todo, se cuestiona si tal disciplina no consistiría en un mecanismo de menoscabo de los elementos esenciales del instituto<sup>392</sup>. Asimismo, una parte de la doctrina ve con reservas la tendencia normativa de adecuarla a intereses que superan la esfera de lo puramente individual, lo cual la aproximaría a la concepción del uso socialmente útil.

Otra cuestión importante es la que expone HÄBERLE, quien pone de manifiesto que hay bienes jurídicos, con un valor equivalente o superior al del Derecho de propiedad, de modo que cuando colisionan con esta última, determinan un juicio de ponderación con el fin de establecer los límites admisibles de cada uno. Aclara que los derechos fundamentales no establecen una libertad de ejercicio ilimitada, sino que por el contrario, existe entre ellos una relación de complementariedad, así como de mutuo condicionamiento, además de una recíproca dependencia respecto a otros bienes jurídico-constitucionales<sup>393</sup>.

## **2.1. La función social de la propiedad**

A finales del siglo XIX, las muy duras experiencias determinadas por la Revolución Industrial ya mencionadas con anterioridad, así como el conocimiento acumulado sobre la sociedad y sus relaciones con el medio urbanizado, llevaron una única conclusión: no era posible salir indemne de la experiencia social. Por el contrario, se impuso la conclusión de que el contrato social implicaba mucho más que la concentración en un territorio, la subsistencia a base de constantes intercambios, la subordinación a un Poder y la formulación de demandas sociales.

Significaba admitir que el individuo, al no vivir aislado en la sociedad, tenía que establecer una relación recíproca y carente de toda concepción de exclusiva índole individualista. Se despertó sin discusión alguna, una antigua consciencia: la de que la convivencia social y el compromiso ciudadano de ella derivado imponían deberes de solidaridad<sup>394</sup> entre los distintos actores sociales.

---

<sup>392</sup> Vid. F. A. CORREIA, *Manual de Direito do Urbanismo*, V. I, Almedina, Coimbra, 1.ª ed., 2001, p. 507.

<sup>393</sup> Vid. P. HÄBERLE, *La Garantía del Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Dykinson Constitucional, Madrid, 2003, p. 37, 38 y 47.

<sup>394</sup> En el plano factico es posible reconocer la solidaridad como un valor que estaba presente en el seno social, pero que, poco a poco, se vio mermada a medida que el Estado y la ciudad se consolidaban, tal y

COMTE, a finales del siglo XIX, fue el principal articulador de tal tesis; ahora bien, su estudio no supuso ninguna innovación, ya que rescataba teorías precedentes, particularmente, el pensamiento de Aristóteles y de Santo Tomás de Aquino. Cada uno de ellos defendió, en su época y a su manera, la natural subordinación moral del hombre al medio social, la indispensabilidad de la propiedad como elemento componente de la ciudad y la supremacía del bien común sobre las aspiraciones privadas.

Sin embargo, DUGUIT, a la vez que prefirió substituir el término solidaridad por el de interdependencia social, amplió su pensamiento y defendió la inexistencia de derechos del hombre, sino de funciones que este tiene el deber de desempeñar<sup>395</sup>. En lo referente a la propiedad en concreto y al considerar la concepción capitalista del instituto, defendió su conversión en una función social del tenedor de riquezas y la desechó como derecho subjetivo<sup>396</sup>. Es de aquí de donde surge el concepto de función social.

Al centrarme en aquello que es esencial para esta investigación, destaco que el autor sostuvo que la propiedad debe orientarse en el cumplimiento no solo de las expectativas individuales de cada individuo, sino también de las necesarias para la promoción del bienestar colectivo.

En efecto y de modo muy somero, defendió que no se trata propiamente de un Derecho subjetivo de propiedad, sino de una función social del tenedor de riquezas cuya utilización debería regirse por la satisfacción de los intereses dictados por el bien común<sup>397</sup>, lo que desemboca en el reforzamiento de lo que denominó como riqueza social y en la noción de ejercicio justo de las facultades inherentes al instituto.

---

como reconoce VAN CAENEGEN. El autor sostiene que en siglo XII, tanto el Estado como la ciudad se convirtieron en «formas básicas de organización» y que la pertenencia a una ciudad o a un reino era algo prioritario para los ciudadanos, lo cual menoscabó la noción de solidaridad entre los mismos. Sin embargo, esto entró en decadencia con el individualismo típico de los siglos XVIII y XIX (*vid.* R. C. VAN CAENEGEN, *Uma Introdução Histórica ao Direito Privado*, Martins Fontes, São Paulo, 2000, 2.<sup>a</sup> ed., p. 259).

<sup>395</sup> *Vid.* L. DUGUIT, *Las Transformaciones del Derecho Público y Privado*, Comares, Granada, s/ed., 2007, p. 156 y ss.

<sup>396</sup> *Vid.* L. DUGUIT, *Las Transformaciones del Derecho Público y Privado*, *cit.*, p. 215.

<sup>397</sup> DUGUIT defendió, *expressis verbis*, que: «Todo individuo tiene la obligación de cumplir en la sociedad una cierta función en razón directa del lugar que en ella ocupa. Ahora bien, el poseedor de la riqueza, por lo mismo que posee la riqueza, puede realizar un cierto trabajo que sólo él puede realizar. Sólo él puede

Una vez establecido esto, defendió que la propiedad tiene un doble carácter. Al mismo tiempo que es un poder del propietario, pues se somete por lo general a sus intereses individuales, también es un deber, en la medida en que su ejercicio debe adecuarse también a los intereses de la colectividad.

Es perfectamente comprensible que sus ideas dieran pie a intensas críticas y que fueran rechazadas sin dilación en muchos estudios coetáneos. No obstante, la idea general de DUGUIT de que a la propiedad le corresponde el cumplimiento de una función social tomó forma y se arraigó con rapidez, a pesar que se entraba en contradicción con hasta la entonces muy difundida representación napoleónica del *usar – disfrutar – disponer*, como atributos típicos y únicos de la propiedad.

Ello conformó la noción de que la institución, aunque fuera reconocida como un bien individual necesario, debía cumplir una función que trascendiera de la esfera de intereses de su propietario. Dicho sea de otra manera, a partir del reconocimiento de que la propiedad debería desempeñar una función social, el instituto no solo era reconocido como fuente de beneficios individuales y de derechos, sino que también se concebía como origen de obligaciones ciudadanas.

No tardaron en aparecer ordenamientos jurídicos que daban acogida a tales ideas. En efecto, como primeros ejemplos de la conversión de este principio en regla se suelen citar el artículo 123 de la Constitución de México de 1917 y el artículo 153 de la Constitución de la República de Weimar de 1919. De esta última es de sobra conocida la expresión consagrada en la misma (artículo 153), «la propiedad impone obligaciones», fórmula que expresa perfectamente la importancia que el tema despertó de inmediato en los ordenamientos jurídicos occidentales.

Hubo algunos otros de estos ordenamientos que también se adhirieron a esta nueva concepción y la adoptaron como principio rector de la propiedad privada, lo que

---

umentar la riqueza general haciendo valer el capital que posee. Está, pues, obligado socialmente a realizar esta tarea, y no será protegido socialmente más que si cumple y en la medida que la cumpla. La propiedad no es, pues, el derecho subjetivo del propietario; es la función social del tenedor de la riqueza» (vid. L. DUGUIT, *Las transformaciones del Derecho Público y Privado*, cit., p. 215).

supuso un cambio radical en su disciplina jurídica, ahora encauzada por la noción de bien común.

Pero la función social como un elemento esencial no es algo que sea atribuido en exclusiva a la propiedad, sino también a los derechos fundamentales en general, pues, tal y como advierte HÄBERLE, la función social de los derechos fundamentales significa su ruptura con la visión unilateral de los derechos individuales de libertad y con la perspectiva individualista liberal de los derechos fundamentales<sup>398</sup>.

En este mismo orden de ideas, sostiene que «también para éstos tiene vigencia la concepción de HAURIUO, de que no hay ningún derecho detrás del cual no exista, a través del interés que lo satisface, una función social»<sup>399</sup>. Remarca en el mismo sentido que «la tutela de la vida, de la libertad y de la propiedad es, en el Estado Social de Derecho, una exigencia legítima tanto del individuo como de la comunidad, esto es, tanto en los interés públicos y en los privados» y que la protección del individuo no le sitúa en una posición opuesta a la sociedad, al Estado y al Derecho, pues «en el Estado Social de Derecho, la pretensión de libertad del individuo y la protección de la comunidad son exigencias “igualmente” legítimas»<sup>400</sup>.

Desde el punto de vista de la propiedad privada, este planteamiento, compartido por muchos, produjo una nueva alteración de su estructura, la cual consistió en lo que se interpretó como nuevas limitaciones al instituto y en la imposición de deberes a sus titulares con la finalidad de compaginar los derechos de libertad y los derechos sociales<sup>401</sup>. Con todo, dicho cambio no se guió por un norte definido con precisión, pues el contenido conceptual es demasiado abstracto<sup>402</sup>, y como ya he tenido la oportunidad de afirmar, está vinculado directamente a valores socialmente

---

<sup>398</sup> Vid. P. HÄBERLE, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, cit., p. 11.

<sup>399</sup> HÄBERLE se refiere en este punto a la idea de HAURIUO de que la esencia del derecho está compuesta por la triada interés, poder y función. Además, sostiene que los derechos fundamentales representan la intersección esencial entre el individuo y la comunidad (vid. P. HÄBERLE, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, cit., p. 11).

<sup>400</sup> Vid. P. HÄBERLE, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, cit., p. 23 y 47.

<sup>401</sup> Vid. A. H. PÉREZ LUÑO, *Los Derechos Fundamentales*, cit., p. 39.

<sup>402</sup> Vid. P. ESCRIBANO COLLADO, *La propiedad privada urbana. Encuadramiento y régimen*, cit., p. 95-97 y 115. A su vez, GOMES invoca la ambigüedad del vocablo (vid. O. GOMES, *Novas dimensões da propriedade privada*, Revista dos Tribunais, ano 59, janeiro 1979, vol. 411, p. 11).

consagrados en un momento histórico dado, los cuales están sujetos a frecuentes alteraciones.

Tal y como subraya ASCENSÃO<sup>403</sup>, cuando se hace una comparación entre las teorías del abuso del derecho precedente y la de la función social de la propiedad, esta última representa un avance, dado que, no consiste en una simple limitación externa del Derecho de propiedad, sino en la preeminencia de los intereses relevantes para la colectividad respecto a las conveniencias individuales de cada propietario<sup>404</sup>.

En este escenario, en el que las dificultades y polémicas sobre dicha funcionalización de la propiedad no constituyen una mera excepción, es apreciable el esfuerzo de RODOTÀ en su intento de hacer una mínima definición de la cuestión que instaura tales polémicas, es decir, el propio significado de la expresión.

Afirma el autor que la simple definición negativa del concepto, según la cual, social se opondría a individual, no resulta suficiente como para precisar el alcance de un concepto tan importante<sup>405</sup>. Entiende asimismo que el término *función* significa el «concreto modo de operar de un instituto o de un derecho» y que la calificación *social* equivale a que el ejercicio de los poderes que les son inherentes debe satisfacer una finalidad que trasciende el interés individual de su titular y que atiende a exigencias generales de la sociedad<sup>406</sup>.

Además, asevera que la vinculación social de la propiedad reverbera de tres modos distintos en la esfera de intereses del propietario, a saber: priva al propietario del ejercicio de ciertas facultades, condiciona el ejercicio de sus poderes sobre el bien; y, finalmente, le impone el deber de ejercer ciertos derechos inherentes al dominio<sup>407</sup>.

---

<sup>403</sup> Vid. J. O. ASCENSÃO, *Direito Civil – Reais*, Coimbra, Coimbra, 2000, 5.ª ed. reimpressão, p. 191.

<sup>404</sup> Vid. J. O. ASCENSÃO, *Direito Civil – Reais*, cit., p. 200.

<sup>405</sup> Vid. S. RODOTÀ, *Poteri dei privati e disciplina de la proprietà*, en G. ALPA y V. ROPPO *Il diritto privato nella società moderna*, Società Editrice il Mulino, Bologna, 1973, 2.ª ed., p. 375.

<sup>406</sup> Vid. S. RODOTÀ, *Poteri dei privati e disciplina de la proprietà*, cit., p. 379.

<sup>407</sup> Vid. S. RODOTÀ, *Poteri dei privati e disciplina de la proprietà*, cit., p. 379.



Más aún, el autor propone que la función social no constituye algo extrínseco a la propiedad, sino que identifica su propio contenido<sup>408</sup> y esta cuestión es justamente otra de las controversias que gravitan a su alrededor. De hecho, la definición de la naturaleza jurídica de la propiedad es tan polémica como su vinculación al desempeño de una función social.

Para unos, la función social consiste en la restricción del Derecho de propiedad mediante la imposición de un deber, de modo que representaría un elemento externo a la estructura de dicho derecho. Por el contrario, hay quienes como RODOTÀ, defienden que la función social compone la propia estructura de tal derecho, su morfología, de forma que es, por lo tanto, un elemento endógeno. En este sentido, MUÑOZ GUIJOSA aclara que, desde luego, es posible considerar que la propiedad representa una función social, pero «en la medida en que esta última queda configurada como elemento estructural, interno, de aquella»<sup>409</sup>, algo que no elimina su condición de derecho subjetivo.

Por ejemplo, para PERLINGIERI, la función social altera la estructura del Derecho de propiedad de tal forma que lo convierte en una situación jurídica compleja, dotada de poder y calificada por el hecho de que sea posible exigirle al propietario el cumplimiento de derechos, obligaciones y encargos<sup>410</sup>. Tal entendimiento también es defendido por SÁEZ, que afirma que dicha función no solo cambia la concepción del instituto, sino la propia noción del derecho subjetivo<sup>411</sup>, pues opera reduciendo facultades, controlando su ejercicio e, incluso, debilitando la legitimidad del titular, ya sea por el incumplimiento de deberes o por el eventual ejercicio que traspase los límites.

En cambio, hay quienes defienden que se trata de un «modo de interpretación de los preceptos vigentes amén de un programa y una barrera para el

---

<sup>408</sup> Vid. S. RODOTÀ, *Poteri dei privati e disciplina de la proprietà*, cit., p. 380.

<sup>409</sup> Vid. M. A. MUÑOZ GUIJOSA, *El derecho de propiedad del suelo: de la Constitución a la ordenación urbana*, Civitas, Cizur Menor, 2009, p. 128.

<sup>410</sup> Vid. P. PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della "proprietà"*, Università delli Studi di Camerino, Camerino, Jovene Editora., 1970, p.70.

<sup>411</sup> Vid. J. F. ANGOSTO SÁEZ, *El jus aedificandi y el derecho de propiedad sobre el suelo urbano*, Universidad de Murcia, Murcia, 1998., p. 55.

legislador»<sup>412</sup>, de manera que no incide de forma directa en la configuración del dominio.

En resumen, GOMES<sup>413</sup> asevera que lo que es más importante destacar es que la función social impone al propietario el cumplimiento de deberes capaces de ajustar el ejercicio de su derecho a la satisfacción del interés de la colectividad.

## **2.2. Aspectos controvertidos de la funcionalización de la propiedad**

La plasticidad que caracteriza a la propiedad como instituto<sup>414</sup> hace que esta pueda absorber estos cambios sin dificultades. Con todo, es obvio que su principal característica nunca ha tenido la fortaleza suficiente como para determinar un inmediato cambio en la mentalidad de los titulares del correspondiente derecho. El esquema de valores consagrado por la sociedad y relativo al Derecho de propiedad se mantiene muy arraigado en el usufructo individual típico del liberalismo.

El problema, por lo tanto, es más de naturaleza cultural<sup>415</sup> que jurídica y, por esta misma razón, el acometimiento de los ajustes necesarios para soportar tal innovación (que la propiedad obliga) siempre ha demandado un considerable periodo de adaptación y, de hecho, no resulta descabellada la afirmación de que sigue demandándolo.

Una gran parte de los ordenamientos jurídicos de Occidente consagran el principio, pero no indican un criterio para su definición, lo que ha dado pie a un sinnúmero de debates doctrinales caracterizados por la discordancia entre los mismos. A este respecto, son bien conocidas las que aún se producen entre civilistas y administrativistas en lo que se refiere a la naturaleza jurídica del instituto, a su impacto en la propiedad (si

---

<sup>412</sup> Vid. J. L. LACRUZ BERDEJO, F. A. SANCHO REBULLIDA, A. LUNA SERRANO, J. DELGADO ECHEVERRÍA, F. RIVERO HERNÁNDEZ y J. RAMS ALBESA, *Elementos de Derecho Civil III, Derechos Reales*, V. I, *Poseción y Propiedad*, cit., p. 245.

<sup>413</sup> Vid. O. GOMES, *Novas dimensões da propriedade privada*, cit., p. 12.

<sup>414</sup> Es decir, la propiedad es un instituto muy moldeable que, como he subrayado anteriormente, se ha adaptado a los distintos cambios históricos y a los incontables sistemas impuestos por los diferentes centros de poder.

<sup>415</sup> También podría designarse como *mentalité*, según VAN CAENEGEN (vid. R. C. VAN CAENEGEN, *Uma Introdução Histórica ao Direito Privado*, cit., p. 264).

se constituye como un elemento externo/límite (extrínseco) o interno/componente (intrínseco) y, por último, a sus efectos en el plano jurídico-social.

Todo ello ha contribuido a que, en diversas sociedades, durante mucho tiempo, no se haya producido un cambio en el mencionado arquetipo de valores típico de la propiedad o, en palabras muy sencillas, a que tampoco se haya producido el necesario cambio cultural relativo al ejercicio del Derecho de propiedad<sup>416</sup>. No es disparatado afirmar que en lo referente a la inclusión de la función social en las constituciones, en aquellos casos en los que ese cambio cultural efectivo sí que tuvo lugar, se produjo exclusivamente en el legislador constituyente, afirmación que se confirma incluso al tener en cuenta que el fundamento necesario para que se produzcan dichos cambios legislativos, requiere necesariamente una importante contribución doctrinaria previa.

Lamentablemente, es de sobra conocido que la acogida por parte del ordenamiento jurídico de un determinado concepto o principio no resulta suficiente para que se produzcan los efectos pretendidos por el legislador. Tal y como afirman numerosos autores, la legislación es producto de las opciones de una ínfima parcela de la sociedad, mientras que el papel de la gran mayoría se limita al de ser meros espectadores de las nuevas reglas, de forma que se ven apartados de su proceso de formulación e impedidos de manifestar sus intereses.

En consecuencia, en aquellos casos en que la nueva legislación presupone cambios de patrones socio-culturales, la concreción de sus efectos queda condicionada a ajustes sociales que no siempre se procesan satisfactoriamente, lo cual disminuye su imprescindible fuerza. En cualquier caso, la propia legislación habrá de prever las consecuencias que lleva aparejado el incumplimiento de la función social, como por ejemplo lo hace expresamente la Constitución brasileña en su art. 182, dispositivo que establece sanciones consistentes en la edificación compulsoria, en impuestos progresivos en el tiempo o en la expropiación forzosa, tal como se aclarará en un epígrafe exclusivo.

---

<sup>416</sup> Estoy completamente de acuerdo con VAN CAENEGEN cuando, al analizar la relación entre ideas y poder político, afirma que para que la consolidación de una idea en el contexto jurídico, es necesario que cuente con el apoyo de las fuerzas sociales, de modo que su positivización no basta (*vid.* R. C. VAN CAENEGEN, *Uma Introdução Histórica ao Direito Privado*, cit., p. 257).

JELLINEK aclara esta cuestión cuando afirma que «una norma es obligatoria [...] cuando dispone de capacidad bastante para motivar las acciones de la voluntad, determinándola»<sup>417</sup>. Para este mismo autor,

«es preciso también para la obligatoriedad del derecho, que esté garantida su actuación psicológica. Considerase que está garantizado un derecho, cuando la fuerza motivadora de sus prescripciones se ve ayudada por los poderes psicológicos sociales que justifican el que aquellas normas se afirmen a sí mismas como fundamentos de las acciones, incluso en contra todo motivo individual que las contradiga»<sup>418</sup>.

En lo concerniente a la función social de la propiedad, la exactitud de estas afirmaciones resulta evidente si se examina, verbigracia, el caso brasileño, dado que su consagración por parte de la Constitución no ha resultado suficiente hasta la fecha, para la creación de una nueva mentalidad referente al Derecho de propiedad. En realidad, dentro del ordenamiento jurídico brasileño, la teoría de la función social de la propiedad, además de provocar inmediatos debates, se positivizó con igual parquedad. El legislador constituyente estableció en la Constitución de 1937 que la propiedad debería cumplir una función social, pero no aportó ningún parámetro para su definición.

Por esta razón y también debido a que el férreo carácter civilista del tratamiento del tema ignoraba el bien común como un valor a ser alcanzado, este concepto apenas surtió efectos jurídicos<sup>419</sup>. Durante un largo tiempo, fue inoperante y no surtió ningún efecto jurídico o social, aun cuando también había sido contemplado en las Constituciones de 1945 y 1967, así como en el Acto Institucional de 1969, la Constitución dictada por el régimen militar. Esta realidad apenas ha cambiado con la disciplina de la Constitución en vigor (1988), a pesar de que la legislación ya se haya encargado de desarrollar el concepto.

---

<sup>417</sup> Vid. G. JELLINEK, *Teoría General del Estado*, cit., p. 320.

<sup>418</sup> Vid. G. JELLINEK, *Teoría General del Estado*, cit., p. 321.

<sup>419</sup> Advierte PESSOA que en Brasil persiste el entendimiento según el cual, la propiedad es un atributo de la persona, una expresión del derecho del hombre sobre las cosas (vid. A. PESSOA, *Equacionando a Nova Propriedade Urbana*, en A. PESSOA, *Direito do Urbanismo – Uma Visão Sócio-Jurídica*, Livros Técnicos e Científicos, Rio de Janeiro, 1981, p. 55).

El necesario cambio de mentalidad sobre el modo de ejercer el Derecho de propiedad todavía no se ha alcanzado en la práctica, aunque sí que es cierto que ha dejado sentir su influencia en un pequeño grupo de estudiosos de la ciudad, quienes hicieron una fuerte presión sobre el constituyente democrático de 1987 y lograron que la Constitución de 1988 no solo volviera a incluir la funcionalización de la propiedad, sino que introdujera una innovación al establecer en su texto, qué es lo que debería considerarse en el cumplimiento de tal deber, tal y como expondré más adelante.

Es cierto que no faltan los juristas que sostienen que la sola inclusión de la función social de la propiedad ya es capaz de generar un cambio cultural. Sin embargo, no puedo compartir esta posición dado que entiendo que la mera positivización de un concepto no produce cambios sociales, sino que solo representa una alteración de la política legislativa.

A mi juicio, lo que realmente pone en marcha la máquina de cualquier cambio en la cultura jurídico-social es la aceptación y la interiorización de un nuevo concepto jurídico por parte de la sociedad. En su ausencia, resulta difícil que la legislación produzca efectos inmediatos, salvo, insisto, que la propia legislación prevea las consecuencias de la falta de asunción del concepto, y se establezcan los mecanismos capaces de llevar a efecto tales consecuencias.

Aun con eso, quiero subrayar que ello no supuso un cambio de mentalidad, sino que solo constituyó una mera previsión legislativa, cuyo soporte fáctico todavía está por construir. Además, a día de hoy, este concepto no ha sido bien asimilado y manejado por los ciudadanos y lo que es más grave, tampoco por algunos juristas.

De manera que el ejemplo brasileño demuestra que la funcionalización del instituto de la propiedad representa en mayor medida un modo de reconocer el derecho, que de ejercitarlo, lo que equivale a afirmar que de nada vale que la legislación lo imponga, si no existe el compromiso social de dotarle de operatividad. Por supuesto, de modo previo a este compromiso social (puesto que la sociedad es la «simple» receptora de la norma, por decirlo en términos prácticos y no técnicos), es necesario detenerse en el compromiso a nivel normativo. Por ello, hago hincapié en la importancia de la concreción legislativa del concepto.

A mi modo de ver, es cierto que, hoy por hoy, en los casos en los que la función social está positivizada, constituye el marco jurídico legitimador para que el Estado acometa una política de ordenación urbana, inclusive, cuando el establecimiento preciso de este concepto resulte difícil. Asimismo, se configura como el hilo conductor del desarrollo social y, por supuesto, económico, con los que el suelo mantiene un ineludible vínculo.

No obstante, entiendo que la función social de la propiedad es el más importante fundamento para el establecimiento de un régimen jurídico para la gestión y ordenación de la ciudad, además de suponer un punto de inflexión en su historia. Solo el Estado puede gozar de tan importante misión, ya que tiene en sus manos un evidente poder sobre la sociedad<sup>420</sup> y, en esta misma dimensión, tiene el deber de propiciar la igualdad de oportunidades y de tratamiento entre los ciudadanos.

Con todo, para que de hecho tenga plena capacidad de producir efectos, aquello que el ordenamiento jurídico entiende por cumplimiento de tal concepto, debe contar con una mínima delineación en la legislación ordinaria. Mi propia experiencia profesional me permite afirmar sin temor alguno a equivocarme, que la definición de un concepto tan contundente no puede constituir un ejercicio de cada uno de los intérpretes de la Ley, sino que es imprescindible la existencia de un criterio, so pena de que dicho concepto quede vacío de contenido por la claudicación o la conveniencia de los intérpretes.

Digo esto ya que, inclusive en Brasil, país en el que la definición de la función social está contemplada en la Constitución, no son raros los intérpretes que, mediante argumentos vacuos, intentan desvirtuar el concepto y hacen uso del mismo como fundamento para la invasión de propiedades tanto privadas como públicas o para parcelaciones irregulares de fincas o edificaciones sin ninguna licencia urbanístico-administrativa.

---

<sup>420</sup> En este punto no se discute cómo se establece la relación entre el Estado y los ciudadanos, porque para ello deberían analizarse las distintas teorías existentes acerca del tema. Lo que se admite es que existe una indefectible relación de subordinación de sus ciudadanos respecto al Estado, la cual está regida por la Constitución y que se legitima a través del voto.

Constituye un ejemplo de ello una jurisprudencia brasileña que la sala 3 del Tribunal de Justicia de Distrito Federal y Territorios<sup>421</sup> viene reiterando, en la que se amplía la noción de la función social de la propiedad, con el objeto de que se vean cumplidas meras expectativas privadas de acceso a una vivienda social. De este modo, contrariando la legislación urbanística vigente y obstaculizando el ejercicio del poder de policía estatal ante invasiones, parcelaciones y edificaciones irregulares de fincas o solares por parte de personas carentes de recursos, garantiza la subsistencia de infraviviendas bajo el argumento de que así se ampara la función social de la propiedad.

### 2.3. El contenido esencial del Derecho de propiedad

Tal y como he comentado previamente, el constitucionalismo contemporáneo garantiza el Derecho de propiedad, ya sea mediante la carga máxima de protección de los derechos fundamentales, o a través de una especial protección constitucional de la posición jurídica de los propietarios, cualquiera que sea el tipo de propiedad que posean<sup>422</sup>.

De la misma forma, también he señalado que para conferirle operatividad a este derecho, es la legislación de rango ordinario la que está a cargo tanto de su contenido como de su delimitación, lo que le concede el rango de derecho estatutario.

---

<sup>421</sup> *Vid.* Direito Administrativo. Apelação Cível. Colônia Agrícola Sucupira/Riacho Fundo. Desocupação e Demolição de Imóveis Passíveis de Regularização. Direito à Moradia. Legítima expectativa. Ocupação pacífica e duradoura. 1. Alegações gerais, destituídas da efetiva comprovação técnica e ambiental, de que os imóveis ocupados se encontram em Área de Preservação Permanente/APP, não têm o condão de se contrapor à afirmação de que essas áreas são passíveis de regularização. 2. Revelam-se drásticas as medidas administrativas de desocupação e demolição de obra no imóvel que serve de moradia ao autor. 3. Atuação estatal deve pautar-se na regra da segurança jurídica e da boa-fé, não podendo ser olvidada pela Administração Pública, por expressa determinação constitucional, a função social da propriedade, sobretudo, o direito à moradia em pelo menos em um desses imóveis ocupados pelo Autor. 4. Apelação conhecida e parcialmente provida. Preliminar rejeitada. Unânime. (APC n.º 2013.01.1.136016-8, ponente Desembargadora Fátima Rafael, sala 3, DJE: 09/12/2015).

Aclaro que he mencionado la jurisprudencia en este epígrafe, contrariando la metodología utilizada hasta ahora, porque es el ejemplo más significativo y concreto de la premisa que he invocado.

<sup>422</sup> La Constitución española, al tratar de la propiedad, no lo hace desde la perspectiva de los derechos fundamentales y las libertades públicas, sino desde el de los derechos y deberes de los ciudadanos (CE, art. 33.1), mientras que en Brasil, supone un derecho fundamental de primera generación. La protección consagrada en el art. 5.º, *caput* e inciso XXVII, de la Constitución Federal garantiza la existencia del derecho mismo, el patrimonio individual, y las facultades asignadas por la Ley. Se debe subrayar, sin embargo, que en dicha protección no se incluye una cláusula de accesibilidad al derecho, esto es, no se contempla el proceso de su adquisición, tal como afirma MARTINS (*vid.* L. MARTINS, *Direito Fundamental à Propriedade e tratamento constitucional do instituto da propriedade privada*, RBEC, Belo Horizonte, ano 1, n.º 1, jan-mar, p. 225).

Finalmente, ya he puesto de manifiesto que, sin lugar a dudas, ni los derechos fundamentales ni las posiciones jurídicas constitucionalmente protegidas suponen una libertad ilimitada; muy al contrario, es indispensable la vertebración de su ejercicio con los demás derechos y bienes protegidos constitucionalmente, lo que va en refuerzo de la idea de la necesidad de una reglamentación ordinaria del mismo.

Esta realidad del Derecho de propiedad —con la garantía constitucional de su posición y la necesidad de que haya un desarrollo legislativo de su contenido— hace que surja un interrogante acerca de hasta qué punto es posible la disciplina infraconstitucional.

A mi entender, el debate que se suscita a partir de esta cuestión no difiere del que se sostiene sobre los derechos fundamentales en general, inclusive, en aquellos casos en los que la propiedad no se incluye entre los mismos. La razón de ello, al fin y al cabo, es que la diferencia estriba en el tipo y en el nivel de protección constitucional, si bien considero que las ponderaciones jurídicas que vienen al caso son exactamente las mismas.

Consecuentemente, la dilucidación de las principales cuestiones sobre este tema pasa necesariamente por la búsqueda de referencias doctrinales sobre los derechos fundamentales. Dentro de este contexto, empiezo por recordar que Díez-PICAZO identifica en los derechos fundamentales una verdadera paradoja, dado que a pesar de que sirvan de protección ante al legislador, demandan de este mismo legislador el desarrollo de su contenido, sin lo cual están impedidos de tener plena eficacia<sup>423</sup>.

El desarrollo legislativo, no obstante, no se ve libre de controversias, sino que más bien las genera en buena medida, tal como lo demuestra exhaustivamente

---

<sup>423</sup> Vid. L. M. Díez-PICAZO, *Sistema de Derechos Fundamentales*, Thomson Civitas, Madrid, 2003, 1.ª ed., p. 95. El autor desarrolla su razonamiento declarando que «junto a una "vinculación negativa" de la Ley a los derechos fundamentales, en virtud de la cual éstos operan como tope o barrera a la libertad legislativa de configuración del ordenamiento jurídico, existe también una llamada "vinculación positiva" que impone al legislador una tarea de promoción de los derechos fundamentales. Todo este complejo entramado de relaciones es a veces gráficamente resumido con la fórmula "legislador de los derechos fundamentales"».



ALEXY en su obra *Teoría de los Derechos Fundamentales*<sup>424</sup>. En el ámbito de esta polémica, son dos de los posicionamientos jurídicos que merecen ser destacados en el presente trabajo; por un lado, la noción de la restricción, y por otro, la de la conformación del derecho resultante de su desarrollo legal.

Una parte de la doctrina jurídica considera que la regulación infraconstitucional de un derecho garantizado por la Constitución representa una restricción a la propia protección constitucional, no faltando, inclusive, quienes la califiquen como un elemento que debilita o que vacía de contenido al derecho protegido<sup>425</sup>. Esta convicción, según entiendo, solo es sostenible si se considera que la garantía de la propiedad tiene un carácter absoluto e ilimitado, o sea, desde una concepción de la protección constitucional esencialmente liberal.

De acuerdo con esta concepción, al legislador le cabría restringir el ejercicio del derecho del titular como forma de dotarle de operatividad o de adaptarlo al contexto de multiplicidad de ejercicios de derechos de igual rango, desempeñando, por lo tanto, el papel de constrictor del derecho.

Ahora bien, HÄBERLE, al hacer una crítica de esta postura, señala que no se puede dejar de considerar que «los derechos fundamentales sólo se extienden hasta donde no lesionen o no pongan en peligro bienes jurídicos de igual o superior rango»; esto es, «con la concretización de sus límites conformes a la esencia no se les priva de nada que no les corresponda “per se”»<sup>426</sup>.

Por este motivo, creo que la idea de la restricción no me parece sostenible, pues es contraria a la propia esencia del sistema de garantías consagrado por el constitucionalismo moderno. En consecuencia, estoy completamente de acuerdo con la conclusión de HÄBERLE de que los límites de cada derecho protegido son delineados,

---

<sup>424</sup> ALEXY analiza los principales posicionamientos doctrinales sobre el tema, especialmente, en el capítulo sexto de esta obra (vid. R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 267-329).

<sup>425</sup> Vid. J. F. ANGOSTO SÁEZ, *El jus aedificandi y el derecho de propiedad sobre el suelo urbano*, cit., p. 89-90.

<sup>426</sup> Vid. P. HÄBERLE, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, cit., todas las citas del párrafo corresponden a p. 57.

desde su mismo inicio, por la propia Constitución, actuando desde dentro del sistema, es decir, desde la concepción de su protección<sup>427</sup>.

Justo por ello, a la idea de la restricción de derechos por la legislación infraconstitucional se le contrapone la noción de la conformación del derecho, según la cual la disciplina legislativa viabiliza el ejercicio del derecho protegido, algo con lo que coincide más. Esto se verifica, especialmente, en el caso de una protección constitucional de cariz más complejo, conforme ocurre, por ejemplo, cuando se garantizan simultáneamente un derecho propiamente dicho y una institución. En estos casos, a la legislación ordinaria, precisamente, le cabe definir su contenido y dotarle de operatividad, actuación que no representa otra cosa que un ejercicio configurador del derecho y que, por tanto, no se asemeja de ningún modo a una restricción<sup>428</sup>.

Evidentemente, este poder conformador del legislador ordinario, es decir, la reserva de ley, tiene límites constitucionalmente establecidos, capaces de proteger la propia existencia del derecho e impidiendo su descaracterización o incluso su vaciamiento.

Asimismo, hay que considerar que, en la práctica, no es infrecuente que los bienes constitucionalmente protegidos entren en conflicto con otros bienes o valores constitucionales de igual o superior rango. Para resolver el *impasse* resultante, lo que se efectúa es un juicio de ponderación entre ellos que garantice su ejercicio simultáneo y no excluyente.

MIRANDA reconoce que, tanto los derechos como las libertades, así como las garantías de rango constitucional, son susceptibles de sufrir restricciones, ya sean ellas explícitas y autónomas, o implícitas y derivadas. Asimismo, subraya que son productos de la compaginación de distintos derechos o de la conjugación de derechos, de libertades o garantías, así como de otros principios y valores constitucionales. Sin embargo, resalta que este ejercicio de compaginación debe encarar los valores y preceptos constitucionales de forma global, en vez de excluyente<sup>429</sup>.

---

<sup>427</sup> Vid. P. HÄBERLE, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, cit., p. 57.

<sup>428</sup> Vid. G. FERREIRA MENDES, *Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade*, cit., p. 156.

<sup>429</sup> Vid. J. MIRANDA, *Escritos vários sobre Direitos Fundamentais*, cit., p. 133.

En cualquier caso, lo que debe quedar patente es que la legislación que concreta un derecho protegido por la Constitución, tanto cuando se conciba que actúa en favor de su configuración como en el caso que se considere que le impone una restricción, debe someterse al principio de la proporcionalidad, lo que significa que sus prescripciones necesariamente tendrán que ser adecuadas, necesarias y proporcionales<sup>430</sup>, de manera que se preserve la esencia del derecho protegido.

Si bien es cierto que son varias las doctrinas que se detienen en este asunto, es la alemana la que le prestó una especial atención y articuló la tesis de que los derechos fundamentales están sujetos a una limitación inmanente que radica en el propio «sistema axiológico jurídico-constitucional», que opera *a priori* y desde dentro hacia fuera, según explica HÄBERLE<sup>431</sup>. Para este autor, la determinación de los límites de cada derecho fundamental se realiza de forma específica, mediante un juicio de ponderación entre los bienes. También añade que, a su entender, el orden constitucional únicamente garantiza los derechos fundamentales, siempre y cuando se mantengan dentro de los límites que les son inmanentes<sup>432</sup>.

Esta concepción de los límites inmanentes guarda relación con la idea del contenido esencial o mínimo de los derechos fundamentales, consistente en un núcleo que debe ser respetado por el legislador so pena de que en el caso que sea sobrepasado, el derecho quede totalmente descaracterizado<sup>433</sup>. Por ello, ALEXY afirma que se trata de una restricción a las restricciones, para lo que esgrime la idea de que, en el plan *jusfundamental*, si bien es posible que se produzcan restricciones de los derechos con ocasión de su compaginación con los demás elementos del sistema, al mismo tiempo, dichas restricciones solo pueden tener lugar de manera igualmente restricta<sup>434</sup>.

---

<sup>430</sup> Vid. G. FERREIRA MENDES, *Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade*, cit., p. 159.

<sup>431</sup> Vid. P. HÄBERLE, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, cit., p. 57.

<sup>432</sup> Vid. P. HÄBERLE, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, cit., p. 57.

<sup>433</sup> HÄBERLE, por ejemplo, describe el núcleo inviolable como el ámbito del derecho «dentro del cual ya no hay incuestionablemente ningún bien jurídico de igual o superior rango legítimamente limitador del derecho fundamental» (vid. P. HÄBERLE, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, cit., p. 65).

<sup>434</sup> Vid. R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 286.

Además, al suponer una protección ante la actividad normativa, así como ante el juicio de ponderación entre bienes, impide el tan temido vaciamiento del instituto, ya que tanto el contenido del derecho fundamental como sus límites son determinables «a partir de la totalidad del sistema jurídico-constitucional de valores al que está ordenado cualquier derecho fundamental»<sup>435</sup>.

Por lo tanto, se reconoce la existencia de límites inmanentes a la legislación general, que la ajustan a la esencia de los derechos fundamentales, los cuales son establecidos a partir de un juicio de ponderación entre los bienes, balizado por los valores constitucionalmente consagrados<sup>436</sup>. La ponderación, por lo tanto, es la clave para la solución, en un determinado supuesto de hecho, de los eventuales conflictos entre bienes constitucionalmente protegidos, al definir de forma concreta el contenido y los límites de cada uno de ellos.

Una vez llevada a efecto dicha ponderación, aún hay espacio para la puesta en escena de otro principio, tal como afirma HÄBERLE<sup>437</sup>, el de la proporcionalidad o prohibición del exceso. La proporcionalidad determina que, en un plan de conformación del derecho protegido (reserva de ley), no basta verificar si la disposición legal se ajusta a los principios y valores consagrados por la Constitución, de modo que es necesario que, además, sea proporcional, lo que implica escudriñar si es adecuada, necesaria y proporcional en sentido restricto, es decir, razonable<sup>438</sup>.

Se debe recordar que toda esta compleja operación se lleva a cabo con el objeto de definir el ámbito protegido del derecho, o dicho sea de otro modo, su contenido esencial, si bien es cierto que las cartas constitucionales no suelen contener

---

<sup>435</sup> Vid. P. HÄBERLE, *La Garantía del Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, cit., p. 52.

<sup>436</sup> Vid. P. HÄBERLE, *La Garantía del Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, cit., p. 33 y 52. El autor defiende contundentemente que la ponderación es un principio «inmanente a la Constitución» cuya función es solucionar los conflictos habidos entre los distintos bienes jurídico-constitucionales coexistentes.

<sup>437</sup> Vid. P. HÄBERLE, *La Garantía del Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, cit., p. 68.

<sup>438</sup> Vid. G. FERREIRA MENDES, *Direitos Fundamentais e Controlo de Constitucionalidade. Estudos de Direito Constitucional*, cit., p. 42-44. El autor aclara que es adecuada toda medida capaz de lograr la finalidad buscada; es necesaria cuando no existe otro medio menos gravoso de ejecución de la medida; y, por último, es proporcional en sentido estricto, si hay armonía entre los fines deseados y los medios empleados.

elementos suficientes para dicha delimitación. Como he puesto de manifiesto, esto determina la puesta en práctica de un complejo proceso intelectual basado en criterios que no siempre son lo suficientemente precisos para la determinación del contenido.

Lo que debe quedar patente, es que cualquiera que sea la restricción que se imponga a un derecho fundamental, ella debe interpretar, desde una perspectiva global, las determinaciones, los principios y los valores constitucionales<sup>439</sup>, con el objeto de mantener la armonía del sistema constitucional. Sin embargo, esta armonía solo se establece mediante la garantía, en cada caso concreto, de la coexistencia de todos los bienes y valores jurídicos constitucionalmente consagrados, de modo que el contenido esencial de cada uno permanezca incólume, lo que, al fin y al cabo, es «lo que resulta necesario para proteger las finalidades y los intereses a los que el derecho subjetivo debe servir y de los que es instrumento»<sup>440</sup>.

Más en concreto, uno de los criterios que la doctrina española plantea para la especificación del contenido mínimo, sobre la base de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, es el criterio de la reconocibilidad<sup>441</sup>. Su aplicación consiste en determinar los atributos mínimos que permitan identificar el derecho con el bien protegido constitucionalmente, permitiendo que sea reconocible como tal para los distintos entes sociales. Asimismo, también plantea el criterio de la efectividad del interés constitucionalmente protegido, según el cual, el instituto debe reunir una mínima capacidad de operatividad y eficacia<sup>442</sup>.

FERREIRA MENDES, a su vez, ofrece un modelo de trabajo bastante objetivo consistente, en primer término, en la identificación del objeto de la protección, para a continuación, aclarar contra qué tipos de agresión o restricción se confiere la

---

<sup>439</sup> Vid. J. MIRANDA, *Escritos vários sobre Direitos Fundamentais*, cit., p. 133.

<sup>440</sup> Vid. L. Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Algunas reflexiones sobre el Derecho de propiedad privada en la Constitución*, en S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Estudios sobre la Constitución Española: Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Vol. II. *De los derechos y deberes fundamentales*, Civitas, Madrid, 1991, p. 1.262.

<sup>441</sup> En efecto, el Tribunal Constitucional en la Sentencia 37, de 26 de marzo de 1987, aseveró el contenido esencial o mínimo de la propiedad privada es lo «entendido como reconocibilidad de cada tipo de derecho dominical en el momento histórico de que se trate y como practicabilidad o posibilidad efectiva de realización del derecho, sin que las limitaciones y deberes que se impongan al propietario deban ir más allá de lo razonable».

<sup>442</sup> Vid. J. F. ANGOSTO SÁEZ, *El jus aedificandi y el derecho de propiedad sobre el suelo urbano*, cit., p. 89-90.

protección<sup>443</sup>. En secuencia, se define cuál es el ámbito de su protección y, por último, el contenido del derecho que no puede resultar restringido o limitado.

En lo exclusivamente pertinente a la propiedad, debo enfatizar que los ordenamientos jurídicos examinados en esta tesis divergen en lo relativo a la intensidad de la protección. Sin embargo, esto no impide que se suscite el mismo debate sobre los efectos del desarrollo legislativo, cuyos planteamientos se nutren del mismo tipo de argumentos.

Antes que cualquier otra cosa, hay que tener en consideración la peculiar estructura de la protección constitucional de la propiedad, caracterizada por tener un doble carácter, habida cuenta de que protege un derecho subjetivo y, de forma simultánea, una garantía institucional. Con todo y con eso, le compete al legislador «promulgar complexo normativo que assegure a existência, a funcionalidade, a utilidade privada desse direito»<sup>444</sup>. Esto confiere un carácter constitutivo a la legislación infraconstitucional<sup>445</sup>, además de que, por inducción, se llega a la conclusión de que su ámbito de protección es puramente normativo<sup>446</sup>.

Una rápida mirada a los ordenamientos jurídicos marco de esta tesis permite colegir que el ejercicio del Derecho de propiedad por parte de sus titulares, en la forma que establece la Constitución y en lo concerniente a sus principales aspectos, depende necesariamente de una configuración legal.

Esta característica de la propiedad privilegia la maleabilidad que se subrayó en el capítulo precedente y, a mi entender, también la imposibilidad de que hoy en día, se pueda aceptar la teoría liberal, para la que la propiedad es un derecho absoluto. Sea como sea, dado que le cabe a la legislación ordinaria la definición de importantes

---

<sup>443</sup> Vid. G. FERREIRA MENDES, *Hermenêutica constitucional e Direitos fundamentais*, cit., p. 211.

<sup>444</sup> Vid. G. FERREIRA MENDES, *Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade*, cit., p. 158.

<sup>445</sup> Vid. G. FERREIRA MENDES, *Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade*, cit., p. 159.

<sup>446</sup> Vid. G. FERREIRA MENDES, *Hermenêutica constitucional e Direitos fundamentais*, cit., p. 211.

aspectos del Derecho, como es el caso de su contenido y sus facultades, la misma puede diferir en función de los valores imperantes en cada momento histórico<sup>447</sup>.

Ahora bien, el legislador ordinario, a pretexto de disciplinarlo, jamás podrá eliminar el derecho ni, tampoco, imponerle limitaciones que lo desfiguren<sup>448</sup>, pues es precisamente el régimen constitucional de protección del derecho el que dicta las bases de su actuación. Este régimen recorta de forma efectiva la teórica discrecionalidad del legislador ordinario, en lo que se refiere a su poder de conformación o delimitación.

Por este motivo, hay que tener muy presente que la conformación de un derecho de este tipo no puede suponer su desfiguración o una restricción tal que conlleve una merma de su capacidad de producir efectos para el titular, vaciando de contenido la protección constitucional. La reserva de ley típica de la propiedad, además de servir al interés general y de garantizar su propia existencia y funcionalidad, debe garantizar al titular su utilidad privada, su poder de disposición y goce<sup>449</sup>.

Por añadidura, debe señalarse que FERREIRA MENDES, con fundamento en la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal brasileño, asevera que la ponderación debe ejercerse mediante el contraste del significado que tiene la propiedad en el orden constitucional vigente y la función social que debe cumplir. Acaba por concluir que, al fin y al cabo, este núcleo esencial consiste en la preservación de la utilidad privada del bien y del poder de disposición de su titular<sup>450</sup>.

DÍEZ-PICAZO parece corroborar ese aserto cuando defiende que a la garantía de la propiedad le es inherente su capacidad de servir a la dignidad, la libertad y al libre desarrollo de la personalidad del titular, de permitirle su inserción en el proceso

---

<sup>447</sup> Vid. F. ALVES CORREIA, *Manual de Direito do Urbanismo*, cit., p. 507. Es pertinente remarcar acerca de este tema, que la influencia de los cambios históricos en la propiedad ya ha sido tratada en anteriores capítulos.

<sup>448</sup> Por ejemplo, no es posible admitir una reglamentación que suprima totalmente la libertad de disposición del bien, o que le imponga tal restricción, que la misma impida al particular ejercer el *jus aedificandi*, o que suprima completamente el contenido económico del derecho.

<sup>449</sup> Vid. G. FERREIRA MENDES, *Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade*, cit., p. 158-161.

<sup>450</sup> Vid. G. FERREIRA MENDES, *Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade*, cit., p. 160 y 161.

económico del libre mercado<sup>451</sup>. De sus afirmaciones se deduce fácilmente que para el autor, tales elementos son integrantes del contenido mínimo de tal derecho y su inobservancia caracterizaría una expropiación.

Para cerrar la exposición de los posicionamientos que se plantean desde la doctrina, es pertinente mencionar que, cuando comenta el art. 33.2 de la Constitución Española, MUÑOZ GUIJOSA reconoce que, al fijar el destino del bien, la función social de la propiedad opera delimitando el contenido del derecho. Observa que tal delimitación parte de una «previa operación de armonización de intereses» efectuada por el legislador, que deberá no solo respetar el contenido mínimo del derecho, sino también sujetarse «a las exigencias privadas del principio de proporcionalidad»<sup>452</sup>.

Es pertinente subrayar que la autora sostiene que no hay que confundir el juicio de proporcionalidad con la delimitación del contenido esencial. La razón para ello es que entiende que el primero actúa como un «límite adicional al que debe sujetarse la delimitación y configuración legislativas del Derecho de propiedad, límite que actúa *por adición* a la garantía del contenido esencial»<sup>453</sup>, en la tarea de circunscribir el ámbito de actuación legislativa en la delimitación del derecho<sup>454</sup>.

Una vez planteadas de esta manera las cosas y a modo de resumen, destaco que el contenido esencial o mínimo del Derecho de propiedad, debe permitir que el derecho subjetivo de su titular sea reconocido como tal, es decir, que le confiera un mínimo de facultades de goce y disposición, respetando lo que MUÑOZ GUIJOSA denomina «"contornos normales" del derecho»<sup>455</sup>.

---

<sup>451</sup> Vid. L. Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Algunas reflexiones sobre el Derecho de propiedad privada en la Constitución*, cit., p. 1262-1163.

<sup>452</sup> Vid. M. A. MUÑOZ GUIJOSA, *El derecho de propiedad del suelo: de la Constitución a la ordenación urbana*, cit., todas las citas del párrafo son de la p. 214.

<sup>453</sup> Vid. M. A. MUÑOZ GUIJOSA, *El derecho de propiedad del suelo: de la Constitución a la ordenación urbana*, cit., p. 216.

<sup>454</sup> Vid. M. A. MUÑOZ GUIJOSA, *El derecho de propiedad del suelo: de la Constitución a la ordenación urbana*, cit., p. 225.

<sup>455</sup> Vid. M. A. MUÑOZ GUIJOSA, *El derecho de propiedad del suelo: de la Constitución a la ordenación urbana*, cit., p. 227.



Se debe hacer notar que, cuando de lo que se trata es del derecho de un titular individualizado y de un dispositivo legal concreto y exclusivo para el mismo, todo lo que implique una drástica restricción del derecho o su eventual descaracterización, podrá ser considerado como una expropiación y deberá seguir el procedimiento constitucionalmente ajustado a la especie.

Sin embargo, la frontera entre la delimitación y la expropiación es tenue y su circunscripción ofrece problemas, algo que ha sido fuente de muchas teorías, tal y como enfatiza MUÑOZ GUIJOSA<sup>456</sup>. Aunque no desconozca la importancia de los debates, creo mejor manifestar mi adhesión al entendimiento de la autora, en el sentido de que el contenido esencial del Derecho de propiedad es la clave para la diferenciación entre la intervención delimitadora y la privación del Derecho de propiedad<sup>457</sup>.

Justifico mi posición haciendo alusión al propio proceso de configuración del susodicho ámbito mínimo de protección, una vez que en su definición, coadyuvan y se ponderan todos los principios constitucionales, de modo que el producto resultante es el efectivo valor constitucionalmente consagrado.

Para terminar, insisto que mi convicción no se restringe a los ordenamientos jurídicos en los que el Derecho de propiedad es un derecho fundamental, tal como ocurre con el brasileño, sino que también es aplicable a aquellos en los que tal derecho, a pesar de tener una especial protección, no goza del mencionado rango, como es el caso de España.

### **3. La propiedad planeada**

Los capítulos iniciales de este estudio han puesto de manifiesto la estrecha vinculación que mantienen el Derecho de propiedad, la ciudad, el urbanismo y el Estado. Por este motivo, este último, al ser quien debe servir de elemento controlador de

---

<sup>456</sup> Vid. M. A. MUÑOZ GUIJOSA, *El derecho de propiedad del suelo: de la Constitución a la ordenación urbana*, cit., p. 231 y ss.

<sup>457</sup> Vid. M. A. MUÑOZ GUIJOSA, *El derecho de propiedad del suelo: de la Constitución a la ordenación urbana*, cit., p. 240.

las fuerzas sociales, ha tenido que desarrollar, a lo largo del tiempo, métodos cada vez más sofisticados para el control del ejercicio de los titulares del aludido derecho.

Creo necesario enfatizar que la razón para ello, es que el uso de la propiedad puede alterar radicalmente diferentes aspectos de las condiciones generales del medio ambiente urbano, especialmente, cuando los titulares ejercen el denominado *ius aedificandi*. En consecuencia, le cabe a la legislación urbanística proporcionarle al Estado, o más en concreto a la Administración Pública, todo un abanico de instrumentos capaces de servir de sostén de la función de ordenación de la utilización privada del suelo, compaginándola con el interés público.

Tanto es así que ESCRIBANO COLLADO identifica al Estado con «una instancia arbitral» a quien le compete conciliar las tensiones existentes entre los más diversos grupos e intereses sociales, además de ser el gran responsable por la jerarquización y la ordenación de los intereses en conflicto<sup>458</sup>.

Entre todos los instrumentos de la actuación pública urbanística, el que más ha destacado no es otro sino el plan urbanístico. Este es el gran responsable por la conversión del destino natural de la propiedad del suelo, agrícola en esencia, en urbano, motivo por el que pasa a tener una utilidad legal y a experimentar un incremento de su valor económico<sup>459</sup>. Dentro de este contexto, a él le compete especificar las facultades jurídicas del aprovechamiento de cada parcela del espacio urbano, así como proporcionar los elementos para concretarlas<sup>460</sup>.

A modo de breve compendio, a él le caben la clasificación y calificación del suelo, el control de su parcelación, la definición de sus usos y actividades, el establecimiento del aprovechamiento posible, así como todas las facultades urbanísticas, lo que supone la adecuación del disfrute de tal Derecho privado al modelo de ciudad por el que opta la política de ordenación urbana.

---

<sup>458</sup> Vid. P. ESCRIBANO COLLADO, *La Propiedad Privada Urbana – Encuadramiento y Régimen*, cit., p. 185.

<sup>459</sup> Vid. P. ESCRIBANO COLLADO, *La Propiedad Privada Urbana – Encuadramiento y Régimen*, cit., p. 177-179 y 173. Creo oportuno aclarar que suscribo la noción de que el destino urbanístico consiste en una obligación *propter rem* inherente al Derecho de propiedad.

<sup>460</sup> Vid. T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho Urbanístico*, cit., p. 47.

Como se puede verificar, el abanico de atribuciones que le corresponde al plan urbanístico es tan amplio, que no es posible cuestionar que en sus manos recae una considerable parte de toda la función urbanística estatal, aunque, obviamente, sus atribuciones no la abarcan hasta el punto de agotarla.

Para terminar, conforme resume FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «los planes prefiguran y anticipan lo que, al cabo del tiempo, será la ciudad o el concreto espacio territorial por ellos considerado»<sup>461</sup>. Esta convicción, común entre los juristas, eleva el plan urbanístico a la condición de elemento jurídico fundamental en la ordenación del territorio, de tal modo que es considerado su pieza nuclear<sup>462</sup>.

En este escenario, hay que señalar dos funciones básicas del plan, a saber: la ordenación del uso y de la ocupación de las fracciones del suelo en la urbe; y, en lo pertinente a las fracciones urbanizadas, la definición del estatuto básico de la propiedad respectiva<sup>463</sup>. Es importante aclarar que el estatuto básico no solo comprende los atributos urbanísticos que posee cada parcela de suelo de la ciudad, sino también las obligaciones jurídicas que cada propietario debe cumplir<sup>464</sup>.

Esto demuestra que, al fin y al cabo, el plan cumple la especial función de conformación del Derecho de propiedad, ejerciendo sobre él una función atributiva<sup>465</sup> o constitutiva<sup>466</sup>. A este respecto, hay que observar que el cumplimiento de esta tarea está supeditada a las balizas de protección del derecho definidas constitucionalmente, tal y como he subrayado en el anterior capítulo.

---

<sup>461</sup> Vid. T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho Urbanístico*, cit., p. 47.

<sup>462</sup> Vid. H. WOLFF, J. HANS, O. BACHOF, R. STÖBER, *Direito Administrativo*, cit., p. 587.

<sup>463</sup> ESCRIBANO COLLADO discrepa ligeramente de esta idea, al afirmar que, fundamentalmente, los efectos del plan de urbanismo sobre la propiedad del suelo son la determinación del destino urbanístico (el establecimiento del tipo de aprovechamiento urbanístico), es decir, le cabe calificar formalmente los terrenos, así como vincular a los propietarios al mismo (vid. P. ESCRIBANO COLLADO, *La Propiedad Privada Urbana – Encuadramiento y Régimen*, cit., p. 173).

<sup>464</sup> Vid. J. M. TRAYTER JIMÉNEZ, *Derecho Urbanístico de Cataluña*, 2.ª ed., Barcelona, 2010, p. 77-78. Para el autor, cuando una propiedad no está sometida a un plan, su aprovechamiento «deriva de sus cualidades materiales (uso agrícola, forestal, etc.)».

<sup>465</sup> Acerca del tema, Díez-PICAZO aclara que el contenido atributivo consiste en «la reserva en monopolio de los contenidos de extracción de beneficios que el bien proporciona» (vid. L. Díez PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *Algunas reflexiones sobre el Derecho de propiedad privada en la Constitución*, cit., p. 1261).

<sup>466</sup> Vid. G. FERREIRA MENDES, *Direitos fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, cit., p. 159.

Conforme advierte ALVES CORREA, por lo general, la calidad natural del suelo y su ubicación territorial en poco contribuyen a la caracterización de los modos de utilización jurídica del suelo, una vez que tal definición le compete al plan<sup>467</sup>. El autor desarrolla su posición afirmando que, al ser el plan una opción consciente del planeador, los destinos o modos de utilización tienen un carácter accidental con respecto a la situación concreta de los solares, de modo que son raras las veces en las que la situación de hecho de un terreno repercute en las disposiciones del planeamiento<sup>468</sup>.

Esta concepción sobre los efectos de las disposiciones del plan, según defiende, no significa atribuirles una función extrínseca o de oposición a la propiedad, sino, más bien, concebirlo como un instrumento conformador del propio derecho, algo que, al fin y al cabo, le es intrínseco. Como resultado, sostiene apoyándose en GÖTZ, que la inclusión de un solar en un plan tiene como consecuencia su elevación a una categoría privilegiada de suelo, lo que lo convierte en más atrayente para el mercado<sup>469</sup>.

Por lo que a mí respecta, creo con toda modestia que el plan desempeña la función de desarrollar el Derecho de propiedad, dotándole de materialidad, a semejanza de como ocurre con otros derechos protegidos constitucionalmente, conforme he puesto de manifiesto con anterioridad. No me parece que las disposiciones del plan sean elementos constituyentes del derecho, sino más bien, sus conformadoras, es decir, prescriben las facultades que integran dicho derecho en un determinado contexto jurídico, lo que obviamente no significa que formen parte del mismo.

Lo que sí se debe tener en cuenta es que, con ocasión del planeamiento urbanístico y la consecuente conformación del Derecho de propiedad, la adecuación de los intereses privados de disfrute a los intereses de la comunidad debe resultar de un laborioso ejercicio de ponderación.

---

<sup>467</sup> Vid. F. ALVES CORREIA, *O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade*, cit., p. 330.

<sup>468</sup> Vid. F. ALVES CORREIA, *O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade*, cit., p. 330.

<sup>469</sup> Vid. F. ALVES CORREIA, *O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade*, cit., p. 332.

Este panorama jurídico hace que surja lo que en la doctrina se denomina propiedad planeada<sup>470</sup>, esto es, la propiedad que se sitúa bajo un régimen jurídico-urbanístico de aprovechamiento. En otras palabras, la propiedad planeada consiste en la que resulta de las opciones urbanísticas fundamentales del Estado, concretadas mediante un plan urbanístico, al ejercer su función de ordenación del uso y de la ocupación de la urbe.

La regulación jurídico-urbanística de la propiedad por el Estado, además de ser lo suficientemente contundente para adjetivar el instituto, es una operación bastante compleja mediante la cual se prepara y se dirige la utilización de los terrenos, si bien es cierto que no se limita exclusivamente a ello<sup>471</sup>.

De hecho, la función estatal va más allá: a ella también le compete la definición del equilibrio macroespacial de la ciudad, tal y como aseveran WOLFF, BACHOF Y STOBER, para quienes dicho equilibrio es «o fim do ordenamento do território que, devido à sua função de infra-estrutura e de fornecimento básico, não deve ser deixado ao livre jogo das forças»<sup>472</sup>.

De igual modo, le corresponde articular el sistema de distribución equitativa de los beneficios y cargas originados por el planeamiento urbano, tarea que tiene capital importancia, puesto que el plan, además de preservar el contenido mínimo del Derecho de propiedad, debe regirse por el principio de igualdad garantizado constitucionalmente.

#### **4. La controversia acerca del *jus aedificandi***

Tal como señala REIS NOVAIS, desde un punto de vista histórico, el *jus aedificandi* ha sido considerado a lo largo del tiempo como una facultad natural del Derecho de propiedad, realidad que se conformó a partir de la noción de que dicho derecho está comprendido dentro de las facultades *utendi*, *fruendi* y *abutendi*<sup>473</sup>.

---

<sup>470</sup> Vid. G. FERREIRA MENDES, *Direitos fundamentais e Controlo de Constitucionalidade*, cit., p. 159.

<sup>471</sup> Vid. H. Wolff; J. HANS; O. BACHOF; R. STOBER, *Direito Administrativo*, cit., p. 595.

<sup>472</sup> Vid. H. WOLFF; J. HANS; O. BACHOF; R. STOBER, *Direito Administrativo*, cit., p. 588.

<sup>473</sup> Vid. J. R. NOVAIS, *Direitos Fundamentais: Trunfos Contra a Maioria*, Coimbra, Coimbra, 2006, s/ed., p. 122.

Este paradigma ni siquiera se vio alterado con el surgimiento del constitucionalismo y su correspondiente declaración de derechos, sino todo lo contrario, puesto que, de hecho, la primera concepción de los derechos fundamentales instauró, conforme ya he puesto de manifiesto previamente, una concepción marcadamente individualista, de manera que cualquier imposición de una determinada conducta al ejercicio de tal derecho suponía la idea de limitar el mismo.

No obstante, reitero que la posterior evolución del constitucionalismo, marcada por las teorías sociales superadoras del individualismo y encauzadas hacia lo colectivo, reorientó la idea sobre el Derecho de propiedad hasta entonces propugnada. En cuanto al tema específico de este trabajo, no hay como negar que la conjugación de los tres conceptos fundamentales que he trabajado al principio —ciudad, urbanismo y Estado— altera drásticamente la concepción sobre el ejercicio del Derecho de propiedad.

Esto es así debido a que dicha concepción resulta de la noción de que las decisiones jurídicas fundamentales sobre la ordenación urbana son de competencia estatal; es al Estado al que le cabe privilegiar aquello que GARCÍA DE ENTERRÍA y PAREJO ALFONSO precisan como «hechos colectivos primarios que interesan a la colectividad entera en cuanto tal»<sup>474</sup>, en detrimento de las conveniencias estrictamente individuales típicas de la propiedad.

En otras palabras, el Estado es el exclusivo titular de la ordenación de la ciudad, algo que debe acometer en aras de hacer prevalecer el interés público, impidiendo la primacía de los intereses individuales de los propietarios del suelo.

Esto tiene importantes efectos jurídicos. Por un lado, fundamenta la concepción de que el urbanismo es una función pública, es decir, es al Estado al que le cabe ponerse al frente del proceso urbano, así como llevar a efecto las decisiones

---

<sup>474</sup> Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y L. PAREJO ALFONSO, *Lecciones de Derecho Urbanístico I*, cit., p. 405

fundamentales concernientes, lo que supone su desvinculación de la propiedad dominical<sup>475</sup>, según se analizará con detenimiento más adelante.

Por otro lado, conforme aseveran GARCÍA DE ENTERRÍA y PAREJO ALFONSO, efectúa una «separación o disociación entre la propiedad del suelo y las decisiones urbanísticas que afectan a ese suelo, decisiones de que se ve privado el propietario para ser atribuidas al poder político»<sup>476</sup>, entre las que el *jus aedificandi* constituye un importante ejemplo. En palabras de los autores antes mencionados, la disociación entre el Derecho de propiedad y el poder de decisión se convirtió en el «el tema capital del Derecho urbanístico contemporáneo», una vez que supone la reorganización de aquel derecho<sup>477</sup>.

Esta reorganización se configuró de forma paulatina en torno a la concepción de la función social de la propiedad, la cual, como he mencionado anteriormente, delimita su contenido y establece el elenco de facultades de las que dispone el propietario. Según MUÑOZ GUIJOSA, la delimitación del tipo de goce de cada propiedad se corresponde con la proyección operativa de la función social de la propiedad del suelo<sup>478</sup>.

La doctrina de SPANTIGATI refuerza esta idea al defender que las directrices de la utilización de la propiedad subordinan a los propietarios, quienes ven como los parámetros previamente establecidos por el Estado limitan su poder de decisión. Esto significa, según admite, que las directrices de utilización no solo otorgan derechos, sino que también pueden imponer obligaciones<sup>479</sup>, y que la planificación actúa como un mecanismo de predeterminación de derechos<sup>480</sup>.

---

<sup>475</sup> Vid. A. CARCELLER FERNANDEZ, *Instituciones de Derecho Urbanístico*, cit., p. 57.

<sup>476</sup> Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y L. PAREJO ALFONSO, *Lecciones de Derecho Urbanístico*, I, cit., p. 405.

<sup>477</sup> Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y L. PAREJO ALFONSO, *Lecciones de Derecho Urbanístico* I, cit., p. 405.

<sup>478</sup> Vid. M.A. MUÑOZ GUIJOSA, *El derecho de propiedad del suelo: de la Constitución a la ordenación urbana*, cit., p. 331.

<sup>479</sup> Vid. F. SPANTIGATI, *Manual de Derecho Urbanístico*, cit., p. 289. El pensamiento de SILVA es coincidente con esta idea, una vez que defiende que las normas urbanísticas definen y predeterminan la utilidad de cada terreno (vid. J. A. DA SILVA, *Direito Urbanístico Brasileiro*, Malheiros, São Paulo, 1995, 2.ª e. 2.ª tir, p. 72).

<sup>480</sup> Vid. F. SPANTIGATI, *Manual de Derecho Urbanístico*, cit., p. 85.

Esta perspectiva sobre los efectos de las opciones públicas me lleva a afirmar que tales directrices ejercen sobre los particulares límites de actuación tanto positivos como negativos, dado que pueden restringir el desempeño de una facultad urbanística o, también, imponer que el propietario la lleve a cabo. Esto es algo que sucede, *verbi gratia*, con el derecho de construir. A la norma urbanística, generalmente, le toca establecer si el mismo puede o no puede ser ejercido en un determinado terreno; aunque, asimismo, puede determinar su ejercicio forzoso, obligando al propietario a llevarlo a efecto, so pena de sufrir alguna consecuencia jurídica<sup>481</sup>.

En consecuencia y en conformidad con el razonamiento hasta aquí expuesto, entiendo que las facultades urbanísticas no están vinculadas al Derecho de propiedad, de modo que es la legislación urbanística la que las atribuye.

Obviamente, el tema suscita considerables controversias, aunque destaca la atinente al *jus aedificandi*, el cual, en su más sencilla acepción, consiste en la facultad de transformar la propiedad del suelo mediante edificaciones<sup>482</sup>. La discusión estriba, básicamente, en si susodicho derecho forma parte, o no lo hace, del contenido esencial del Derecho de propiedad o si, por el contrario, es una facultad otorgada por la legislación urbanística.

GARCÍA DE ENTERRÍA y PAREJO ALFONSO aseveran que el «*jus aedificandi*, o los actos de edificación y uso del suelo, han dejado de ser facultades de la propiedad del suelo para pasar a constituir el contenido de decisiones públicas, obra del *imperium* y no del *dominium*»<sup>483</sup>. En virtud de este raciocinio, el *jus aedificandi* no procede del Derecho de propiedad, «sino de una atribución pública de ordenación del suelo,

---

<sup>481</sup> El art. 182 de la Constitución Brasileña constituye un buen ejemplo de esta situación, puesto que faculta al Poder Público, mediante Ley específica, a establecer para los terrenos afectados por el plan general, los casos en los que tienen cabida la imposición de la parcelación o la edificación obligatoria de aquellos sin edificar o de los que estén infrautilizados o sin uso. Los efectos de la norma urbanística en estos casos será de límite positivo en la medida en que impone una obligación de hacer (*facere*).

<sup>482</sup> La concepción que adopto en la presente tesis es la que restringe, estrictamente, el derecho de construir a la actividad de edificar, si bien es cierto que no me son ajenos aquellos autores que lo conciben desde una perspectiva más amplia, al contemplar dentro del mismo, tal y como observa MUÑOZ GUIJOSA, las facultades de urbanizar, (*vid.* M.A. GUIJOSA, *El derecho de propiedad del suelo: de la Constitución a la ordenación urbana*, cit. p. 333).

<sup>483</sup> *Vid.* E. GARCÍA DE ENTERRÍA y L. PAREJO ALFONSO, *Lecciones de Derecho Urbanístico I*, cit., p. 405.



atribución que determina, además, la medida concreta en que ese derecho queda reconocido»<sup>484</sup>.

Sin embargo, matizan este entendimiento cuando afirman que «una vez que la determinación pública asigna a un fundo posibilidades de aprovechamiento urbanístico, el ejercicio de esas posibilidades, en la medida concreta que del Plan resulte, pasa a ser una facultad reconocida al propietario de ese fundo y una facultad atribuible a la propiedad»<sup>485</sup>.

Al analizar detenidamente el orden jurídico español que se instaura con la Ley del Suelo de 1956, ESCRIBANO COLLADO concluye que «la edificación, en el sentido urbanístico de la palabra, es atributo de los planes de ordenación que la reconocen o no a través de la figura del destino urbanístico»<sup>486</sup>.

A su vez, MUÑOZ GUIJOSA reconoce que existe una facultad de edificar *funcionalizada* inherente a la propiedad del suelo y vinculada a la trama urbana, que debe quedar referida «exclusivamente al proceso de desarrollo urbanístico»<sup>487</sup>. A mi parecer, esta concepción, al vincular el *jus aedificandi* del suelo al proceso de desarrollo urbanístico, admite que no sea parte original del contenido esencial de la propiedad, sino, más bien, se derive de la norma urbanística.

SILVA, cuando se refiere al ordenamiento jurídico brasileño, sostiene que la edificabilidad no es algo connatural a los terrenos, cuyo destino original se restringe a la producción de riquezas naturales. En consecuencia, las parcelas edificables (solares) son una creación de la actividad urbanística, que les asigna una utilidad legal mediante el establecimiento previo del tipo de aprovechamiento urbanístico que pueden materializar. Es decir, considera que la edificabilidad es una calificación legal<sup>488</sup> y que

---

<sup>484</sup> Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y L. PAREJO ALFONSO, *Lecciones de Derecho Urbanístico I*, cit., p. 415.

<sup>485</sup> Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y L. PAREJO ALFONSO, *Lecciones de Derecho Urbanístico I*, cit., p. 415.

<sup>486</sup> Vid. P. ESCRIBANO COLLADO, *La Propiedad Privada Urbana – Encuadramiento y Régimen*, cit., p. 223.

<sup>487</sup> Vid. M.A. MUÑOZ GUIJOSA, *El derecho de propiedad del suelo: de la Constitución a la ordenación urbana*, cit., p. 337.

<sup>488</sup> Vid. J. A. DA SILVA, *Direito Urbanístico Brasileiro*, cit. p. 72.

el ordenamiento jurídico confiere apenas una facultad de construir que, como tal, tiene su ejercicio condicionado por el Derecho<sup>489</sup>.

No comparto la idea de que el derecho de construir forme parte de su contenido esencial, o dicho sea de otro modo, del conjunto mínimo de atributos típicos de la propiedad inmueble urbanizada, por entender que deriva del comando normativo urbanístico. He defendido en otro trabajo<sup>490</sup> que el *jus aedificandi* y, por ende, también el coeficiente de edificabilidad que le corresponde a una determinada propiedad, se incluye entre los más importantes atributos que el plan le otorga a la misma.

Por lo tanto y de acuerdo con la posición de ALVES CORREA<sup>491</sup>, no considero que sea una facultad privada inmanente de la propiedad del suelo ni, mejor dicho, un derecho subjetivo privado, sino que representa una facultad pública atribuida por el plan, un derecho subjetivo público de ejercicio condicionado por la legislación urbanística.

En definitiva, entiendo que son las normas de planeamiento urbano las que otorgan dicho derecho, siempre y cuando se cumplan los requisitos legales en ellas estipulados, entendimiento este que además se aúna con la naturaleza atributiva del plan urbanístico.

A todas luces, las normas urbanísticas establecen el qué, el dónde y el cómo se puede edificar, así como también cuáles son los usos permitidos o prohibidos de explotación de cada parcela dada del espacio urbanizado. Es decir, el aprovechamiento urbanístico de la propiedad inmueble urbanizada no está facultado ni mediante una garantía constitucional ni mediante la legislación del Derecho civil, sino que es el conjunto de normas urbanísticas el que se lo asigna al titular del derecho.

Las tesis hasta aquí expuestas tienen un cariz marcadamente publicista y encuentran fuerte arraigo tanto en la función social de la propiedad como en la noción

---

<sup>489</sup> Vid. J. A. DA SILVA, *Direito Urbanístico Brasileiro*, cit., p. 72.

<sup>490</sup> Vid. C. DO AMARAL FURQUIM, *O Direito de Construir na Perspectiva Urbanístico-Constitucional*, Del Rey, Belo Horizonte, 2013, p. 116.

<sup>491</sup> Vid. F. ALVES CORREIA, *O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade*, cit., p. 361.

de que el urbanismo es una función pública, lo que aleja a las facultades jurídicas del interés eminentemente privado y las subordina al interés público típico de la ordenación del uso y de la ocupación de la ciudad.

Asimismo, conforme he destacado, la doctrina diverge mucho en lo referente a si el derecho de construir es un atributo inmanente de la propiedad, de modo que se registran radicales discrepancias, sobre todo, entre quienes se centran en el análisis económico de la propiedad y los que lo hacen en su faceta civilista.

En un sentido diferente a todo lo expuesto hasta el momento, SUSTAETA ELUSTIZA, en el ámbito de la doctrina española, afirma tajantemente que «el goce o utilización de la “propiedad urbanística” aparece resumida en el “jus aedificandi”, facultad sin la que aquella se convierte, según sus propias palabras, en pura entelequia»<sup>492</sup>. Ahora bien, reconoce que para la materialización de dicha facultad es necesaria la previa obtención de una licencia municipal de obras<sup>493</sup>.

A esta misma conclusión es a la que llega ANGOSTO SÁEZ, cuando examina la controversia a partir de la noción de contenido esencial de la propiedad asociado al sentido común de los administrados, afirmando que estos no conciben que en el contenido ordinario de la propiedad no esté incluido el *jus aedificandi*<sup>494</sup>.

De acuerdo con estas posiciones y de modo contrapuesto a la tesis que sostienen que el propietario no puede efectuar las decisiones jurídicas fundamentales relativas al goce de su propiedad inmobiliaria urbana, el profesor portugués FREITAS DO AMARAL afirma que esto no significa que la propiedad esté privada del derecho de construir, sino que su ejercicio está condicionado a la obtención de una licencia administrativa. Aún va más allá cuando afirma que la existencia del derecho de superficie prueba que el derecho de construir forma parte del de propiedad, una vez que no se puede ceder lo que no se tiene<sup>495</sup>.

---

<sup>492</sup> Vid. A. SUSTAETA ELUSTIZA, *Propiedad y Urbanismo*, cit., p. 342.

<sup>493</sup> Vid. A. SUSTAETA ELUSTIZA, *Propiedad y Urbanismo*, cit., p. 343.

<sup>494</sup> Vid. J. F. ANGOSTO SÁEZ, *El Ius Aedificandi y el Derecho de Propiedad del Suelo*, cit., p. 94-95.

<sup>495</sup> Vid. D. FREITAS DO AMARAL, *Apreciação da Dissertação de Doutoramento do Licenciado Fernando Alves Corrêa – O plano urbanístico e o princípio da igualdade*, Revista da Faculdade de Direito de Lisboa, XXXII, 1991, p. 99.

Por lo que se refiere al contexto brasileño, en donde el Derecho de propiedad, además de estar asociado a un fuerte componente económico, representa también una fuente de poder y distinción social, prevalece la tesis de que no hay separación entre el *jus aedificandi* y el Derecho de propiedad. De este modo, no se puede afirmar que exista, propiamente, una polémica, sino tan solo ciertas opiniones disonantes y aisladas, que generalmente pertenecen a autores *juspublicistas*, como es el caso del ya mencionado SILVA.

GOMES, desde una posición civilista, afirma que si bien es cierto que el hecho de que la utilización del suelo urbano está subordinada a las directrices y estándares impuestos por la legislación urbanística, esto representa un verdadero encarcelamiento de la propiedad, esto no basta para disociarla del *jus aedificandi*<sup>496</sup>. Por su parte, PONTES DE MIRANDA va aún más allá de esta noción al afirmar que, más que un derecho de edificar, de acuerdo con la literalidad del Código Civil, la propiedad contiene el poder de edificar<sup>497</sup>.

BANDEIRA DE MELLO, desde una óptica *juspublicista* y con apoyo en los atributos dominicales *utendi*, *fruendi*, y *abutendi*, no reconoce dicha separación, dado que entiende que a la propiedad le es inherente poseer un fin económicamente útil, del que su expresión más importante es el potencial edilicio. Tal potencial, según entiende, forma parte del núcleo esencial de la garantía constitucional del derecho<sup>498</sup>. Esta tesis también es defendida por LOPES MEIRELLES, para quien los mencionados atributos dominicales contienen las facultades de transformar, edificar, así como todas las que sean susceptibles de concretar su uso o aumentar su valor económico<sup>499</sup>.

Para finalizar el tema y sin abandonar todavía el examen del contexto brasileño, he de destacar el pensamiento de MOREIRA NETO. El autor, en sus análisis,

---

<sup>496</sup> Vid. O. GOMES, *Direitos Reais*, Forense, Rio de Janeiro, 2000, 16.ª ed., actualizada por H. Theodoro Júnior, p. 100.

<sup>497</sup> Vid. F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, Parte Especial, T. XIII, *Direito das Coisas: loteamento. Direito de Vizinhança*, Borsó, Rio de Janeiro, 1971, p. 297.

<sup>498</sup> Vid. C. A. BANDEIRA DE MELLO, *Novos Aspectos da Função Social da Propriedade no Direito Público*, Revista de Direito Público, Rio de Janeiro, n.º 84, 1987, p. 42.

<sup>499</sup> Vid. H. LOPES MEIRELLES, *Direito de Construir*, Malheiros, São Paulo, 1996, 7.ª ed. actualizada por E. DE ANDRADE AZEVEDO, p. 25.

parte de las sanciones constitucionales referentes a la propiedad del suelo, y que consisten en la imposición de la parcelación y la edificación forzosas de inmuebles que no cumplan con su función social. Añade que, dado el carácter impositivo de las medidas, estas son inconciliables con los conceptos *jusprivatistas* sobre el derecho de parcelar y de construir, realidad jurídica esta que los convierte en conceptos *juspublicistas* y que, según defiende, pone fin a las controversias doctrinales. Por último, finaliza con el argumento de que la única libertad atinente al propietario del suelo urbano es la de ser propietario o no serlo<sup>500</sup>.

De todo lo hasta aquí expuesto, es posible percibir con claridad que la tendencia brasileña es la de anexar el *jus aedificandi* a la propiedad, de modo que la posición divergente de SILVA antes mencionada constituye una excepción. Esto ocurre, inclusive, cuando el examen de la controversia es acometido a partir de una base urbanística, algo que se puede comprobar al analizar el documento llamado *Carta de Embú*, la cual fue resultado de un importante debate jurídico que tuvo lugar en 1976, y que constituye un marco en la historia del Derecho urbanístico brasileño.

En dicha carta se señala que el derecho de construir es inmanente a la propiedad y, a pesar de que no haya una alusión explícita al contenido económico en cuanto factor determinante, es posible concluir que constituye el elemento central de la conclusión, lo que se entronca dentro de la fuerte tradición jurídico-civilista brasileña.

Sin embargo, a mi modesto juicio, en virtud del tratamiento constitucional que el art. 182 CF otorga al plan urbanístico, no tiene sentido continuar defendiendo en el orden jurídico brasileño, la vinculación entre la propiedad y la facultad de edificar. Esto es así, particularmente, debido a que la propiedad, a pesar de constituir un derecho fundamental consagrado por el art. 5. *Caput* y 22, tal como he destacado anteriormente, está vinculada al cumplimiento de la función social (artículo 5. 23).

Es importante subrayar que no es competencia del intérprete constitucional definir en qué consiste la función social, pues el constituyente ya afirmó que la propiedad tan solo cumple con la misma cuando obedece las normas urbanísticas. Al

---

<sup>500</sup> Vid. D. F. MOREIRA NETO, *Direito Urbanístico e limitações administrativas urbanísticas*, *Revista de Informação Legislativa*, ano 27, n. 107, 1990, p. 108-109.

proceder de este modo, el legislador constituyente estableció el régimen estatutario de la propiedad, algo que me permite afirmar sin miedo a equivocarme, que la facultad de construir solo puede ser ejercida siempre y cuando la norma urbanística así lo prevea y, por lo tanto, en el ordenamiento brasileño, está desligada de la propiedad.

## CAPÍTULO VI

### LA IGUALDAD ANTE LA LEY

#### 1. La igualdad ante la Ley y la igualdad en la formulación de la Ley

El estudio del principio de igualdad es muy importante, en la medida en que es imprescindible acometer un análisis desde su perspectiva, para determinar la conformidad de la regulación de la propiedad con las garantías constitucionales, en particular de la regulación en sede urbanística. Pero antes de analizar cómo esto opera, es asimismo importante examinar sus aspectos generales.

Las perspectivas desde las que se puede debatir acerca de la igualdad son muchas. MIRANDA hace una reflexión a este respecto, cuando afirma que: «pensar em igualdade é pensar em justiça na linha da análise aristotélica, retomada pela Escolástica e por todas as correntes posteriores, de HOBBS e ROUSSEAU a MARX e RAWLS; é redefinir as relações entre pessoas e entre normas jurídicas; é indagar da lei e da generalidade da lei»<sup>501</sup>.

Desde un punto de vista estrictamente jurídico, el constitucionalismo positivizó el derecho natural de igualdad como uno de sus más importantes postulados, propugnándolo del mismo modo a como lo hicieron los *jusnaturalistas*: uno de los derechos elementales de defensa<sup>502</sup>. En lo que respecta a las concepciones acerca de su rango jurídico, la doctrina no es unánime y, de hecho, no faltan ni quienes defienden

---

<sup>501</sup> Vid. J. MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo I, *Direitos Fundamentais*, Coimbra, Coimbra, 2008, 4.ª ed., p. 237.

<sup>502</sup> El principio general de Igualdad forma parte de la gran mayoría de las Constituciones. El art. 1.1 CE consagra la igualdad como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico y la proclama, en su artículo 14, como uno de los derechos fundamentales, conforme se puede comprobar *ad litteram*: «los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

A su vez, el *caput* del art. 5 CF establece, *in verbis*: «Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (...)».

Las dos Cartas Políticas establecen, asimismo, principios especiales de igualdad, entre los que se incluyen, la igualdad de condiciones para el acceso a puestos de la función pública o la igualdad entre los trabajadores en lo que se refiere al salario.

que forma parte de la esencia del Derecho constitucional<sup>503</sup> ni, tampoco, los que sostienen que es un postulado fundamental del Estado de Derecho<sup>504</sup>.

Con toda modestia, concuerdo con CANOTILHO en su entendimiento de que el Derecho a la igualdad es, en realidad, uno de los principios estructurantes del régimen de los derechos fundamentales, ya que informa la propia concepción necesaria para el entendimiento de dichos derechos. Además, obviamente, sirve junto con otros derechos fundamentales de primera generación, como punto de partida para la interpretación de todos los valores constitucionalmente consagrados<sup>505</sup>.

Cuando este principio se aplica en un sentido estrictamente liberal, asume una faceta preponderantemente objetiva, que se traduce en la igualdad de Derecho y no, tal como recuerda HAURIU, en «una igualdad de hecho ante a las condiciones de la vida»<sup>506</sup>. En la esencia de la concepción liberal, este derecho fundamental de primera generación fue proclamado en un plan jurídico-formal que se centra en la sencilla noción de que, en el ámbito de aplicación de la norma, todos los ciudadanos son iguales.

Desde esta perspectiva, el mandato constitucional se enfocaría exclusivamente en el aplicador del Derecho, impidiéndole que cuando lo materialice en casos concretos, incurra tanto en discriminaciones como en privilegios. Aún en esta misma línea de razonamiento, en teoría, para la concreción de la igualdad, bastaría garantizar que el aplicador del Derecho concediese idéntico tratamiento a todos los que se encuentren en una determinada posición jurídica. Es justo por este motivo por el que se dice que habría una igualdad formal, puramente de Derecho, fundada en la concepción aristotélica, según la cual la igualdad se consuma al tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales.

---

<sup>503</sup> Vid. O. ALZAGA VILLAAMIL, I. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, J. RODRÍGUEZ ZAPATA, *Derecho Político Español*, V. II, Ramón Areces, Madrid, 2008, 4.ª ed., p. 69. En este mismo sentido, (vid. J. MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, cit., p. 253).

<sup>504</sup> Vid. K. HESSE, *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, cit., p. 330.

<sup>505</sup> Ya he puesto de manifiesto previamente la actual distinción entre las diferentes categorías de derechos fundamentales (Parte I, capítulo III, título 5).

<sup>506</sup> Vid. M. HAURIU, *Principios de Derecho Público y Constitucional*, Comares, Granada, 2003, s/e, p. 123.



Esta concepción encuentra una perfecta representación en el artículo 179.13 de la Constitución Monárquica Brasileña de 1823, en el cual se enunciaba, en términos generales, que «la ley será igual para todos, o bien protegiendo, o castigando, y recompensará en la medida de los merecimientos de cada uno»<sup>507</sup>. Tanto es así que JACQUES, en su día, afirmó que lo que estableció fue un sistema que constituía sanciones de acuerdo con la falta, protegía conforme al desamparo y recompensaba según el merecimiento<sup>508</sup>.

Con todo, la evolución de la comprensión jurídica relativa a los derechos fundamentales, más acorde con la realidad del desequilibrio de condiciones para su ejercicio por parte de los ciudadanos, resultó en la idea de que la igualdad debe ser interpretada conjuntamente y sin ninguna prevalencia, junto con los demás valores constitucionalmente consagrados<sup>509</sup>.

En conformidad con lo que RUI BARBOSA señaló en su célebre *Oración a los moços*, este amoldamiento de la concepción demandó la reformulación de la premisa, de manera que esta pasó a enunciar que «a regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam»<sup>510</sup>.

Tal premisa se justifica perfectamente cuando se considera, tal como lo hizo GRIMM, que «el mandato estatal de defensa de la libertad asegurada mediante los derechos fundamentales no puede cumplirse, por regla general, sino mediante el recorte de otras libertades o de la misma libertad con respecto a otras»<sup>511</sup>. Es decir, hoy en día, se concibe que, cuando el mandato de igualdad entre en conflicto con otro valor

---

<sup>507</sup> Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte.

(...)

XIII. A Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, o recompensará em proporção dos merecimentos de cada um.

<sup>508</sup> Vid. P. JACQUES, *Curso de Direito Constitucional*, Forense, Rio de Janeiro, 1970, 6.ª ed., p. 283.

<sup>509</sup> Vid. O. ALZAGA VILLAAMIL, I. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, J. RODRÍGUEZ ZAPATA, *Derecho Político Español*, V. II, cit., p. 69. En el mismo sentido, (vid. J. MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, cit., p. 253).

<sup>510</sup> Vid. R. BARBOSA, *Oração aos Moços*, “Casa Rui Barbosa”, p. 26. Fecha de consulta: 02/08/2016. Disponible en:

[http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui\\_barbosa/FCRB\\_RuiBarbosa\\_Oracao\\_aos\\_moc os.pdf](http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/FCRB_RuiBarbosa_Oracao_aos_moc os.pdf),

<sup>511</sup> Vid. D. GRIMM, *Constitucionalismo y Derechos Fundamentales*, Trotta, Madrid, 2006, p. 156.

constitucionalmente consagrado, se puede aplicar perfectamente el principio de proporcionalidad para la resolución de la controversia. Eso se concreta atribuyendo pesos para cada elemento interviniente, evaluando la necesidad de la medida a ser implementada, la adecuación de la opción y la proporcionalidad en sentido restricto.

Asimismo, también lleva a la conclusión de que la igualdad no puede ser vista apenas dentro del ámbito de la aplicación de la Ley, es decir, como un mandato que se cumple formalmente y que garantiza la aplicación uniforme del Derecho para todos los ciudadanos, ubicándolos en la misma posición respecto a la norma legal. La igualdad debe ser encarada, más bien, como una baliza que sirve de norte a la propia formulación de la Ley, como un mandato que prohíbe al legislador la instauración de un régimen discriminatorio o de privilegios para ciudadanos que están en las mismas condiciones. Esto es lo que también expresa GOMES CANOTILHO, al decir que no puede haber una discriminación en el contenido de la norma<sup>512</sup>.

Aún en este mismo contexto, ALVES CORREIA sostiene que el principio de igualdad opera como una determinación constitucional para que el legislador establezca un régimen de igualdad de oportunidades o posibilidades para los ciudadanos, sin embargo no deja de reconocer lo polémico que es tal posicionamiento, hasta el punto de designarlo como el que, a día de hoy, levanta más controversias acerca del tema<sup>513</sup>.

A modo de ejemplo, destaco que la igualdad en la formulación de la Ley ha sido tratada en innumerables sentencias del Supremo Tribunal Federal brasileño, entre las que creo oportuno destacar el siguiente precedente:

«O princípio da isonomia, que se reveste de auto-aplicabilidade, não é, enquanto postulado fundamental de nossa ordem político-jurídica, suscetível de regulamentação ou de complementação. Esse princípio — cuja observância vincula, incondicionalmente, todas as manifestações do Poder Público — deve ser considerado, em sua precípua função de obstar a discriminações e de extinguir privilégios (RDA 55/114), sob duplo aspecto: (a) o da igualdade na lei; (b) o da igualdade perante a lei. A igualdade na lei

---

<sup>512</sup> Vid. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 417.

<sup>513</sup> Vid. F. ALVES CORREIA, *O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade*, cit., p. 407.

— que opera numa fase de generalidade puramente abstrata — constitui exigência destinada ao legislador, que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação, responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais Poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório. A eventual inobservância desse postulado pelo legislador impondrá ao ato estatal por ele elaborado e produzido a eiva de inconstitucionalidade»<sup>514</sup>.

Es indiscutible que esto no significa que al legislador le quepa nivelar las posiciones jurídicas de los ciudadanos, ni tampoco que le corresponda «procurar que todos presenten las mismas propiedades naturales y se encuentren en las mismas situaciones fácticas»<sup>515</sup>. Su verdadero significado radica en que la Ley no puede ser un elemento diferenciador entre iguales ni, mucho menos, un elemento nivelador entre desiguales, tesitura esta también prohibida por el orden constitucional que demuestra lo difícil que es definir qué es lo que se debe concebir por igualdad en un supuesto dado.

Más aún, también entraña que el legislador debe acometer, tanto como le sea posible, la corrección de las discrepancias fácticas existentes entre los ciudadanos, de modo que haga efectivo el imperativo de igualdad de oportunidades<sup>516</sup> y de pleno acceso a los derechos.

En el contexto español, la Sentencia n.º 39/2002, 14 de febrero de 2002, resume muy bien cómo opera el principio de igualdad, conforme se puede comprobar *ad litteram*:

«Para efectuar el enjuiciamiento apuntado bueno será recordar la doctrina de este Tribunal sobre el derecho a la igualdad y las prohibiciones de discriminación, recogida de forma extensa y precisa en la reciente STC 200/2001, de 4 de octubre, en cuyo fundamento jurídico 4 se puntualizan los siguientes extremos: «a) El art. 14 CE contiene en su primer inciso una

---

<sup>514</sup> Vid. M.I. 58, ponente Ministro CELSO DE MELLO, sala del Tribunal Pleno, Supremo Tribunal Constitucional, DJ 19/04/1991.

<sup>515</sup> Vid. R. ALEXY, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, cit., p. 384.

<sup>516</sup> Vid. F. ALVES CORREIA, *O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade*, cit., p. 410.

cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la Ley, habiendo sido configurado este principio general de igualdad, por una conocida doctrina constitucional, como un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas y que, para introducir diferencias entre ellos, tenga que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas. Como tiene declarado este Tribunal desde la STC 22/1981, de 2 de julio, recogiendo al respecto la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el art. 14 CEDH, el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el art. 14 CE, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable. Lo que prohíbe el principio de igualdad son, en suma, las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados. También es necesario, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos. En resumen, el principio de igualdad, no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida (SSTC 22/1981, de 2 de julio, FJ 3; 49/1982, de 14 de julio, FJ 2; 2/1983, de 24 de enero, FJ 4; 23/1984, de 20 de febrero, FJ 6; 209/1987, de 22 de diciembre, FJ 3; 209/1988, de 10 de noviembre, FJ 6; 20/1991, de 31 de enero, FJ 2; 110/1993, de 25 de marzo, FJ 6; 176/1993, de 27 de mayo, FJ

2; 340/1993, de 16 de noviembre, FJ 4; 117/1998, de 2 de junio, FJ 8, por todas). b) La virtualidad del art. 14 CE no se agota, sin embargo, en la cláusula general de igualdad con la que se inicia su contenido, sino que a continuación el precepto constitucional se refiere a la prohibición de una serie de motivos o razones concretos de discriminación. Esta referencia expresa a tales motivos o razones de discriminación no implica el establecimiento de una lista cerrada de supuestos de discriminación (STC 75/1983, de 3 de agosto, FJ 6), pero sí representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE (SSTC 128/1987, de 16 de julio, FJ 5; 166/1988, de 26 de septiembre, FJ 2; 145/1991, de 1 de julio, FJ 2). En este sentido el Tribunal Constitucional, bien con carácter general en relación con el listado de los motivos o razones de discriminación expresamente prohibidos por el art. 14 CE, bien en relación con alguno de ellos en particular, ha venido declarando la ilegitimidad constitucional de los tratamientos diferenciados respecto de los que operan como factores determinantes o no aparecen fundados más que en los concretos motivos o razones de discriminación que dicho precepto prohíbe, al tratarse de características expresamente excluidas como causas de discriminación por el art. 14 CE (con carácter general respecto al listado del art. 14 CE, SSTC 83/1984, de 8 de febrero, FJ 3; 20/1991, de 31 de enero, FJ 2; 176/1993, de 27 de mayo, FJ 2; en relación con el sexo, entre otras, SSTC 128/1987, de 16 de julio, FJ 6; 207/1987, de 22 de diciembre, FJ 2; 145/1991, de 1 de julio, FJ 3; 147/1995, de 16 de octubre, FJ 2; 126/1997, de 3 de julio, FJ 8; en relación con el nacimiento, SSTC 74/1997, de 21 de abril, FJ 4; 67/1998, de 18 de marzo, FJ 5; ATC 22/1992, de 27 de enero; en relación con la edad, STC 31/1984, de 7 de marzo, FJ 11). No obstante este Tribunal ha admitido también que los motivos de discriminación que dicho precepto constitucional prohíbe puedan ser utilizados excepcionalmente como criterio de diferenciación jurídica (en relación con el sexo, entre otras, SSTC 103/1983, de 22 de noviembre, FJ 6; 128/1987, de 26 de julio, FJ 7; 229/1992, de 14 de diciembre, FJ 2; 126/1997, de 3 de julio, FJ 8; en relación con las condiciones personales o sociales, SSTC 92/1991, de 6 de mayo, FF JJ 2 a 4; 90/1995, de 8 de julio, FJ 4; en relación con la edad, STC 75/1983, de 3 de agosto, FFJJ 6 y 7; en relación con la raza, STC 13/2001,

de 29 de enero, FJ 8), si bien en tales supuestos el canon de control, al enjuiciar la legitimidad de la diferencia y las exigencias de proporcionalidad, resulta mucho más estricto, así como más rigurosa la carga de acreditar el carácter justificado de la diferenciación. Al respecto tiene declarado que, a diferencia del principio genérico de igualdad, que no postula ni como fin ni como medio la paridad y sólo exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato, las prohibiciones de discriminación contenidas en el art. 14 CE implican un juicio de irrazonabilidad de la diferenciación establecida ex constitutione, que imponen como fin y generalmente como medio la parificación, de manera que sólo pueden ser utilizadas excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica, lo que implica la necesidad de usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto, así como un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad (SSTC 126/1997, de 3 de julio, FJ 8, con cita de las SSTC 229/1992, de 14 de diciembre, FJ 4; 75/1983, de 3 de agosto, FFJJ 6 y 7; 209/1988, de 10 de noviembre, FJ 6). También resulta que en tales supuestos la carga de demostrar el carácter justificado de la diferenciación recae sobre quien asume la defensa de la misma y se torna aún más rigurosa que en aquellos casos que quedan genéricamente dentro de la cláusula general de igualdad del art. 14 CE, al venir dado el factor diferencial por uno de los típicos que el art. 14 CE concreta para vetar que en ellos pueda basarse la diferenciación, como ocurre con el sexo, la raza, la religión, el nacimiento y las opiniones (STC 81/1982, de 21 de diciembre, FJ 2).»

## **2. Dificultades prácticas para la definición de la isonomía en cada situación jurídica comparada**

Parece meridiano que cualquier conclusión acerca de la observancia del principio de igualdad solo puede ser surgir de la comparación de dos o más supuestos. En un primer momento, el sentido de la igualdad jurídica material propugnado por la doctrina indica tanto el rechazo de una regulación desigual para situaciones iguales como la aceptación de regulaciones iguales para situaciones desiguales<sup>517</sup>.

---

<sup>517</sup> Vid. K. HESSE, *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, cit., p. 331.

Tanto en uno como en otro caso, lo que se prohíbe es la arbitrariedad, cuya existencia se puede comprobar objetivamente mediante el análisis de su fundamentación, la cual, según GOMES CANOTILHO, deberá ser seria, legítima y racional<sup>518</sup>. Ahora bien, el autor subraya que la prohibición de la arbitrariedad es insuficiente cuando no existan criterios claros para la valoración y comparación de las situaciones tratadas igual o desigualmente, motivo por el que entiende que es necesario analizar la naturaleza, el peso y el fundamento material del tratamiento diferenciado<sup>519</sup>.

Tal como se puede notar, en virtud del connatural subjetivismo asociado al tema, en todo intento de preservación de la igualdad se debe tener en cuenta que la línea que la separa de la arbitrariedad, es muy tenue. Aún con este mismo asunto, BANDEIRA DE MELLO, en la misma línea de entendimiento, recuerda que «o próprio da lei, sua função precípua, reside exata e precisamente em dispensar tratamentos desiguais», es decir, la promoción de la desigualdad pertenece a la esencia de la Ley, puesto que, por ejemplo, impone obligaciones o derechos a una clase de sujetos, mientras que no lo hace para otras. Por este motivo, hay que establecer en qué estriba un tratamiento discriminador jurídicamente intolerable<sup>520</sup>, consistente en tratar lo que es esencialmente igual, de manera desigual<sup>521</sup>.

### 3. Criterios legitimadores del tratamiento desigual

ALEXY, en el intento de establecer parámetros, elaboró una teoría en la que empieza por rescatar la fórmula aristotélica según la cual «hay que tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual»<sup>522</sup>, así como por destacar que de ella se pueden extraer dos interpretaciones.

En primer lugar, advierte que el mandato de universalización dirigido al legislador que figura en la referida fórmula, consiste en el deber de establecer normas universales con consecuencias jurídicas igualitarias para todos los individuos. Continúa

---

<sup>518</sup> Vid. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 418.

<sup>519</sup> Vid. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 419.

<sup>520</sup> Vid. C. A. BANDEIRA DE MELLO, *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, Malheiros, São Paulo, 1995, 3.<sup>a</sup> ed., 3.<sup>a</sup> tir., p. 11 y 12.

<sup>521</sup> Vid. K. HESSE, *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, cit., p. 335.

<sup>522</sup> Vid. R. ALEXY, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, cit., p. 385.

ponderando que dicha interpretación es puramente formal, ya que está moldeada por la racionalidad práctica y no favorece la efectividad del principio de la igualdad, por entender que cualquier norma tiene vocación de universalidad<sup>523</sup>.

En segundo lugar, destaca que, sin embargo, es posible extraer de esta misma fórmula, un mandato de igualdad material vinculante para el legislador. A pesar que su definición conlleva una serie de problemas, dada la naturaleza esencialmente desigual de los individuos, debido a que «como no existen dos personas o dos situaciones humanas entre las cuales no exista tanto una igualdad fáctica parcial como una desigualdad fáctica parcial, todo tendría que ser tratado siempre tanto igual como desigual si la fórmula se refiriese a la igualdad y desigualdad fáctica parcial en algún respecto»<sup>524</sup>.

Finalmente, ALEXY propugna que la solución al problema de la aplicación de dicha fórmula estriba en la evaluación de lo que denomina la igualdad y la desigualdad valorativa, así como en su relativización. Al respecto de esta última, propone que, inicialmente, se debe acometer de dos maneras: mediante la elucidación de las igualdades —o desigualdades— fácticas relativas parciales y de la igualdad relativa a determinados tratamientos. Por último, establece como criterio de relativización, el juicio de valor «que permite decir qué es valorativamente igual y desigual»<sup>525</sup>.

De su estudio, donde se analiza detenidamente la jurisprudencia del Tribunal del Constitucional Federal alemán, quiero destacar lo que considero que es el principal elemento que defiende para la definición del ámbito de aplicación del principio de igualdad, o, en sus propias palabras, «de los presupuestos para la obligatoriedad, prohibición y permisión de un tratamiento igual o de un tratamiento desigual»<sup>526</sup>: la existencia de razón suficiente. Según el autor, el permiso o la cabida del establecimiento de un tratamiento igual o desigual dependen de la existencia de una razón suficiente que la justifique.

---

<sup>523</sup> Vid. R. ALEXY, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, cit., p. 386.

<sup>524</sup> Vid. R. ALEXY, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, cit., p. 387.

<sup>525</sup> Vid. R. ALEXY, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, cit., p. 388.

<sup>526</sup> Vid. R. ALEXY, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, cit., p. 402.



SILVA se adhiere de forma manifiesta a este entendimiento al remarcar que la igualdad no puede ser encarada desde una concepción individualista que deje de lado las diferencias existentes entre los grupos y, al igual que hace PETZOLD, remarca que el mandato de igualdad no está dirigido a personas totalmente iguales entre sí, sino, más bien, a aquellas que coincidan en los estrictos aspectos que la Ley haya considerado relevantes<sup>527</sup>. De esta manera, la condición de igualdad surge de la coincidencia en los aspectos esenciales que el legislador haya considerado al establecer un determinado supuesto.

Justo por ese motivo, HESSE defiende que, para establecer una igualdad material hay que aislar o, mejor dicho, identificar las características consideradas esenciales y que iguallen las situaciones comparadas. Todo ello para, por un lado, establecer un tratamiento isonómico, y, por otro, dejar de lado las diferencias que no sean esencialmente relevantes<sup>528</sup>.

A su vez, BANDEIRA DE MELLO propone los siguientes criterios para estimar si una ley respeta el principio de isonomía: 1) la identificación del elemento elegido como factor de discriminación; 2) la existencia de correlación lógica abstracta entre el factor discriminatorio y la disparidad promovida por la ley; 3) la adecuación del tratamiento desigual a los preceptos constitucionales<sup>529</sup>. Asimismo, aparte de definirlos, sostiene que tan solo la conjunción de todos ellos puede librar a la norma de ser considerada discriminatoria.

En lo referente al primer criterio, afirma que lo que es necesariamente igual para todos, no puede servir de factor de diferenciación, so pena de incumplimiento del principio de isonomía. No obstante, sí que es posible que la Ley trate con disparidad aquello que se pueda diferenciar en algún aspecto, siempre y cuando que, en primera instancia, dicha disparidad no afecte a un solo individuo, lo que acabaría por otorgarle

---

<sup>527</sup> Vid. J. A. DA SILVA, *Teoria do Conhecimento Constitucional*, Malheiros, São Paulo, 2014, 1.<sup>a</sup> ed., p. 475.

<sup>528</sup> Vid. K. HESSE, *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, cit., p. 331.

<sup>529</sup> Vid. C. A. BANDEIRA DE MELLO, *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, cit., p. 21 y 22.

un privilegio legal, y en segundo término, que las situaciones o los individuos distinguidos por la Ley, sean efectivamente distintos entre sí<sup>530</sup>.

En lo que respecta al segundo criterio, hay que evaluar si hay una justificativa racional para la imposición de la discriminación que tenga en cuenta el aspecto diferenciador, esto es, debe haber una correlación lógica entre el tratamiento jurídico diferenciado y la diferencia que lo originó<sup>531</sup>.

Por último, el mismo autor sostiene que, para que la desigualdad establecida por Ley sea constitucionalmente admisible, tiene que estar en sintonía con los valores protegidos por la Constitución, además de continuar por advertir que no todo fundamento lógico permite distinguir tratamientos, sino solo aquel que armonice con los valores constitucionales<sup>532</sup>.

#### **4. Las denominadas discriminaciones positivas**

Creo importante señalar que, tras tratar con atención el sentido material del principio de la igualdad, no considero atinado el reconocimiento jurídico de la existencia de discriminaciones permitidas o positivas, dado que el desigual tratamiento de los desiguales es uno de los aspectos mediante los que se manifiesta la igualdad. En consecuencia, pienso que no se puede hablar, en sentido estricto, de la existencia de discriminaciones.

Muy a pesar de ello, en la doctrina sí que existen casos en los que se ha acunado el concepto de discriminación positiva, consistente en el establecimiento legal de un régimen diferenciado para determinadas categorías de individuos. Esta realidad se justifica a partir de fundamentos de justicia social, en un intento de establecer la igualdad de oportunidades y de condiciones reales para el acceso a los bienes de la vida o a posiciones jurídicas garantizadas constitucionalmente a todos los individuos<sup>533</sup>.

---

<sup>530</sup> Vid. C. A. BANDEIRA DE MELLO, *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, cit., p. 32.

<sup>531</sup> Vid. C. A. BANDEIRA DE MELLO, *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, cit., p. 38.

<sup>532</sup> Vid. C. A. BANDEIRA DE MELLO, *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*, cit., p. 42 y 43.

<sup>533</sup> Vid. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 420 y 421.

Al acometer un análisis desde otra perspectiva, hay sectores de la doctrina que afirman que la protección constitucional de la igualdad solo se concreta, por ejemplo, cuando la Ley crea condiciones para el ejercicio de un determinado derecho por parte de los distintos ciudadanos, conformando una igualdad de hecho. Esto significa que podrá, inclusive, establecer una discriminación positiva, mediante la concesión de ventajas o derechos a quienes estén en condiciones de inferioridad o de menor protección<sup>534</sup>, de manera que se consigan superar las desigualdades relativas al disfrute del derecho.

Precisamente por ello, no es infrecuente que algunos ordenamientos jurídicos instituyan mecanismos que facilitan la formulación de políticas públicas, con el objeto de hacer posible una equiparación social o, mejor dicho, la superación de las diferencias que impiden el ejercicio ecuaníme de determinados derechos fundamentales o garantías constitucionales. Hoy en día y sobre todo en Brasil, la acción afirmativa (*affirmative action*) es absolutamente patente para designar la regulación legal que instituye privilegios para determinados grupos de individuos, de lo que constituyen un ejemplo, tan notorio como controvertido, las medidas mediante las que se reservan cupos exclusivos para negros y mestizos en universidades públicas y en ciertas oposiciones<sup>535</sup>.

No obstante, a pesar de las controversias que dichas medidas suscitan, ella(s) no constituye(n) una innovación, puesto que existe en el país lo que se podría denominar como notable tradición jurídica de intentar superar las desigualdades en el acceso a los derechos y garantías constitucionales. Entre los muchos ejemplos, destaco, entre otros, los programas públicos de vivienda social o la exención para los jurídicamente pobres del pago de las tasas de inscripción en oposiciones.

Para finalizar con el tema, son innumerables las maneras o caminos de los que se sirve el Estado en su intento de corregir las distorsiones sociales, aunque no

---

<sup>534</sup> Vid. J. MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, cit., p. 242. En el mismo sentido, (vid. J. A. DA SILVA, *Teoria do Conhecimento Constitucional*, cit., p. 476).

<sup>535</sup> Son ejemplos de ello la Ley Federal n.º 12990, de 09 de junio de 2014, la cual establece reserva de plazas en las oposiciones públicas para negros, y la Ley Federal n.º 12711, de 29 de agosto de 2012, la cual también establece reserva de plazas para negros en las universidades federales, entre otros muchos casos de legislaciones estatales.

forma parte de este trabajo el acometimiento de un estudio específico al respecto; lo que sí le corresponde es, simplemente, esbozar los matices a los que está sujeto el principio de igualdad.

## **5. La igualdad ante las cargas públicas**

El hecho de que haya tratado acerca de la igualdad, uno de los principios más importantes del constitucionalismo y, por qué no decirlo, también de la actual estructura jurídico-social, tan solo tras realizar un examen de la propiedad y de la legalidad administrativa, tiene su razón de ser. Aparte de que las dos últimas garantías constitucionales me parecen más complejas, los elementos que ya he puesto de relieve me proporcionan recursos para definir con tranquilidad el objeto del presente apartado.

En efecto, ya he aclarado con antelación que el Estado de hoy en día está subordinado al principio de legalidad, es decir, el cumplimiento de sus funciones está marcado por la Ley en cuanto baliza insoslayable. A la par, la propiedad es un derecho garantizado constitucionalmente, aunque solo acabe por conformarse a nivel infraconstitucional mediante una ley (o como algunos prefieren denominarla, mediante una ley de desarrollo).

Estos dos elementos repercuten directamente en la noción de igualdad. Me explico: al formular la legislación urbanística que incide en la propiedad, y de modo particular con ocasión de la imposición de cargas, le corresponde al Estado efectuarlo mediante la creación de mecanismos de igualación entre los titulares del derecho, con el fin de evitar tanto prebendas como discriminaciones negativas.

Esta noción constituye el fundamento del principio de la igualdad ante las cargas públicas, algo que presenta dos facetas: en un primer momento, significa que las cargas públicas deben ser repartidas equitativamente y todos los ciudadanos deben soportarlas por igual; aunque en segunda instancia, también significa que, en el caso de que ello suponga un sacrificio para un determinado individuo o grupo, en beneficio ya sea de la comunidad o del interés público, o, también, que la Ley cause efectos

desiguales a los distintos titulares de derechos afectados, se deberá establecer necesariamente una compensación o indemnización<sup>536</sup>.

Para decirlo de un modo más sencillo, el principio de igualdad ante las cargas públicas justifica que, una vez que haya tenido lugar un tratamiento diferenciado entre iguales y que determine un sacrificio o un privilegio, debe haber una compensación en virtud de la desigualdad, con el fin de reducir o restaurar la isonomía. En consecuencia, el privilegio o el sacrificio se mantienen, puesto que la corrección tiene lugar, tal como ya he puesto de manifiesto, mediante la compensación o la indemnización.

Es una realidad que la invocación de este principio tiene lugar más frecuentemente en el ámbito del Derecho tributario, aunque cuando de lo que se trata es de urbanismo y en virtud de la naturaleza diferenciadora inherente tanto a la zonificación como al sistema de aprovechamientos urbanísticos, es adecuado que se considere un principio informador de la acción pública, según voy a demostrar acto seguido.

## **6. La igualdad en el ordenamiento urbanístico**

El principio de igualdad en materia de urbanismo asume especial relieve dado que, tal como defiende A. NIETO, el planeamiento urbanístico es una «cuestión de colores. Entre la ruina y la fortuna no hay más que un lápiz y una astilla»<sup>537</sup>. Esto significa que las opciones concernientes a la naturaleza de los aprovechamientos, así como a las facultades urbanísticas previstas para cada solar, tienen la indefectible índole de provocar la desigualdad.

Desde el punto de vista del Derecho de propiedad, esto produce un importante impacto pues, como ya he hecho patente previamente, la conformación de la propiedad planeada tiene exclusivo lugar mediante los planes de ordenación urbana, instrumentos legitimados para la calificación urbanística de cada parcela del suelo

---

<sup>536</sup> Vid. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 421.

<sup>537</sup> Vid. ALEJANDRO NIETO, *España en Astillas*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 104.

urbanizado<sup>538</sup>. Conforme recuerda FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, la naturaleza eminentemente técnica del plan le aleja de los ideales de justicia, puesto que, fundamentalmente, lo que le toca es «conformar la realidad física por él contemplada según criterios funcionales a los efectos de asegurar su armónica ordenación»<sup>539</sup>.

Por si esto no bastara, ALVES CORREIA recuerda que radica en la esencia del plan la determinación de los distintos usos y destinos para cada parcela del territorio sobre el que incide, además de subrayar que solo puede cumplir sus objetivos de ordenación de la ciudad mediante la asignación y atribución de medidas de contenido discrepante para cada terreno. Por este motivo, reconoce que entre el plan urbanístico y el principio de igualdad existe una antinomia intrínseca<sup>540</sup>, de tal manera que, a día de hoy, la compatibilización de los preceptos del plan con el susodicho principio constitucional supone la cuestión jurídica fundamental de la planificación urbanística<sup>541</sup>.

En efecto, no hace falta acometer un profundo examen de la regulación urbanística para comprobar dicha premisa. Empezando por cuestiones a nivel macro, como son los casos de la clasificación del suelo (destino urbanístico: suelo rústico, urbano o urbanizable)<sup>542</sup>, de la calificación urbanística (destino urbanístico básico, uso pormenorizado e intensidad de uso) o de la zonificación<sup>543</sup>, y finalizando por otras a nivel micro, como la diferenciación de los aprovechamientos establecidos para cada uno de los terrenos (por ejemplo, el coeficiente de edificación) o las expropiaciones de cualquier naturaleza, es evidente que la inmensa mayoría de las maniobras planificadoras tienen un cariz diferenciador.

---

<sup>538</sup> Vid. T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Reflexiones en torno al Principio de Igualdad en el Ordenamiento Urbanístico*, Revista de Derecho Urbanístico, 1979, n.º 63, p. 16.

<sup>539</sup> Vid. T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Reflexiones en torno al Principio de Igualdad en el Ordenamiento Urbanístico*, cit., p. 16.

<sup>540</sup> Vid. F. ALVES CORREIA, *O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade*, cit., p. 389-390.

<sup>541</sup> Vid. F. ALVES CORREIA, *O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade*, cit., p. 387.

<sup>542</sup> La clasificación del suelo, *per se*, representa una fuente de desigualdad en la medida en que, por lo general, el suelo rústico no tiene el mismo valor comercial que el urbanizado. Además, en completo acuerdo con la afirmación de ALVES CORREIA de que la calificación del suelo, cuando establece la edificabilidad o la prohíbe, al igual que cuando establece distintos coeficientes de edificabilidad para las parcelas de suelo edificable consiste en otra importante fuente de desigualdades (vid. F. ALVES CORREIA, *O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade*, cit., p. 388).

<sup>543</sup> Vid. L. LÓPEZ TRIGAL, *Diccionario de términos sobre la ciudad y lo urbano*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2010, p. 62.

No se puede negar, asimismo, que las propias condiciones naturales de cada zona de la ciudad también pueden contribuir a que el planeamiento conceda distintos tratamientos urbanísticos, ya sea para posibilitar su ocupación, o para ajustarla a los condicionantes ambientales.

La ruptura normativa del principio de isonomía puede y debe ser ajustado por el propio plan mediante la previsión de instrumentos capaces de restaurar la igualdad, es decir, el plan debe contener mecanismos rectificadores de la desigualdad. Tan solo a modo de ejemplo y tal como aclara FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, importa destacar que en España, el art. 3 LS 1956 determinaba que una de las funciones de la competencia urbanística era la de impedir la desigualdad entre los propietarios de la propiedad planeada, así como la de promover la justa distribución de los beneficios y cargas derivadas del planeamiento.

No cabe duda que ello supuso un evidente intento formal, puesto que, como sigue explicando FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, el manejo de los instrumentos de igualación en tal régimen no logró un completo éxito en el desempeño de su propósito<sup>544</sup>, algo que determinó una serie de modificaciones normativas posteriores, y cuyo estudio no está dentro del objeto de esta Tesis.

Lo que es cierto y juzgo de destacada importancia, es la conclusión del catedrático de que «en un contexto sociocultural en el que de alguna manera la idea de justicia constituye un valor social», las normas que, para alcanzar su propósito impliquen de alguna manera una desigualdad, deben restablecerla mediante mecanismos precisos de compensación. En caso contrario, «terminan padeciendo la venganza de la realidad sobre la que pretenden incidir y fomentando indirectamente lo que quieren evitar»<sup>545</sup>.

Defiende, además, que las exigencias constitucionales de igualación entre los propietarios, desde un punto de vista urbanístico, solo se cumplen cuando hay una

---

<sup>544</sup> Vid. T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Reflexiones en torno al Principio de Igualdad en el Ordenamiento*, cit., p. 16.

<sup>545</sup> Vid. T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Reflexiones en torno al Principio de Igualdad en el Ordenamiento Urbanístico*, cit., p. 19.

adecuada distribución de los beneficios y cargas urbanísticas y en la medida en que el planeamiento carezca de cualquier propósito especulativo. Asimismo, esta incumbencia también es resultado de la determinación que contiene el art. 47 CE, mediante la que se impone que el uso del suelo se debe adecuar al interés general y que todos deben participar de las plusvalías generadas por la acción urbanística<sup>546</sup>.

Por último, se remite a la jurisprudencia para defender que «la libertad del planificador para atribuir esos contenidos artificiales que no están en la naturaleza no es ilimitada», dada la aplicación del principio de equidistribución de beneficios y cargas, corolario del principio de igualdad, algo que debe inspirar el planeamiento en su totalidad y no sólo durante la fase de ejecución<sup>547</sup>.

Este mismo autor hace referencia a la STS n.º 2783, del 27 de mayo de 2015, la cual constituye un verdadero ejemplo de la jurisprudencia, y de la que se puede extraer, *ad litteram*, el siguiente pasaje:

«En definitiva, aun cuando forma parte del estatuto básico de la propiedad el que un sistema general pueda ser adscrito a un ámbito concreto de actuación, es incuestionable que la Administración urbanística, que así lo establece, tenga que explicar y justificar la razón de tal proceder, pues, de lo contrario, no sería posible valorar si el referido principio de equidistribución se ha respetado, a pesar de ser el objetivo de la citada Ley de Suelo (Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio) al disponer, en su artículo 1, que fija las condiciones básicas que garantizan la igualdad en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales relacionados con el suelo en todo el territorio estatal y que, después, al regular el contenido del derecho de propiedad del suelo, en su artículo 8.1.c ), establece la facultad de participar en la ejecución de las actuaciones de urbanización a que se refiere la letra a) del apartado 1 del artículo 14 en un régimen de equitativa distribución de beneficios y cargas entre todos los propietarios afectados en proporción a su aportación». (p. 11).

---

<sup>546</sup> Vid. T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Reflexiones en torno al Principio de Igualdad en el Ordenamiento Urbanístico*, cit., p. 24.

<sup>547</sup> Vid. T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho Urbanístico*, Civitas, Madrid, 24.ª ed., 2016, p. 108.



«Esta Sala y Sección del Tribunal Supremo, por el contrario, ha expresado abiertamente, entre otras, en su Sentencia, de fecha 23 de febrero de 2012 (recurso de casación 26/2008 ), que « el principio de equidistribución de beneficios y cargas del planeamiento entre los afectados —como manifestación del derecho de igualdad reconocido en el artículo 14 de la Constitución—, ha sido configurado como principio general del urbanismo, de aplicación tanto en la redacción de los planes en que se ejercita la potestad de planeamiento, como en la fase posterior de la ejecución »».( p. 11).

«En la propia Sentencia de esta Sala y Sección, de fecha 17 de enero de 2013 (recurso de casación 4526/2009 ), invocada por el Ayuntamiento recurrido en su escrito de oposición al recurso de casación, no se sostiene lo contrario ni se acepta la tesis que ahora mantiene dicha Corporación municipal, sino que se declaró, siguiendo lo expresado en la previa Sentencia de fecha 27 de septiembre de 2012 (recurso de casación 2174/2009 ), que «la equidistribución presupone que el planeamiento no afecta de igual manera a unos propietarios y a otros y lo que la garantía de la equidistribución significa es que esas diferencias que origina el planeamiento se distribuyan equitativamente entre los propietarios afectados por la actuación», si bien admitimos que, «por lo general , la equidistribución ha de conseguirse en un momento posterior al planeamiento, en la fase de gestión». (p. 13).

La equidad, tal como menciona MARTIN MATEO, es uno de los postulados de la planificación. De tal forma que, a pesar que las opciones técnicas representen una característica inherente a los planes, también les es propia «una cierta aspiración distributiva o niveladora». Como ejemplo de instrumentos capaces de promover la igualdad, tras un obvio ejercicio de elección en función de los propósitos que deben ser cumplidos, menciona las reparcelaciones, las distribuciones de volúmenes, la valoración del suelo, los mecanismos de las juntas de compensación<sup>548</sup>.

A partir de un mero ejercicio de intuición, es posible concluir que la imposición de observancia del principio de igualdad ante las cargas públicas urbanísticas establecidas por el plan repercute en sus disposiciones de variopintas

---

<sup>548</sup> Vid. R. MARTIN MATEO, *Propiedad Urbana y Planificación*, Revista de Derecho Urbanístico. n° 15, p. 14.

maneras. A modo de resumen y en virtud de su objetividad, me remito a la sistematización de ALVES CORREIA acerca de este tema, en la que identifica tres dimensiones principales de relevancia de dicha repercusión. En primer lugar, en su calidad de principio inmanente del plan, sostiene que el principio de igualdad veda la creación de distinciones arbitrarias, ilógicas y no razonables en el tratamiento de las distintas parcelas del suelo del que trata<sup>549</sup>. Es decir, opera como una cláusula de interdicción de la arbitrariedad.

En segundo lugar, desde una perspectiva que trasciende al plan, dicho principio impone la igualdad de tratamiento ante las cargas urbanísticas. Esto significa que todo aquel al que, como resultado del plan, se le impongan sacrificios especiales en lo concerniente a la utilización de su terreno y en pro del interés público, debe ser indemnizado proporcionalmente, de modo que se restaure la isonomía jurídica. La indemnización a cargo del tesoro público, por lo tanto, representa el reparto igualitario entre todos los ciudadanos de los sacrificios a los que se ve sometido el propietario del terreno discriminado<sup>550</sup>.

Por último y todavía desde una perspectiva que va más allá del plan, defiende que este debe establecer la igualdad de posibilidades u oportunidades en lo atinente a las formas e intensidades de utilización de los terrenos. En este punto, ALVES CORREIA señala que la violación del principio de igualdad no siempre es resultado de las medidas expropiadoras, sino, también y en gran medida, de otras prescripciones más generales como por ejemplo, la clasificación, la calificación, la utilización del suelo, la zonificación o el coeficiente de edificabilidad.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ observa que, en realidad, «incluso dentro de una misma clase de suelo, el urbano por ejemplo, existen desigualdades de tratamiento a resultas de la ordenación contenida en los planes»<sup>551</sup>, por la atribución de distintos destinos concretos, como teórico resultado de las exigencias técnicas de la ordenación. Al centrar su análisis en el ordenamiento español, el autor asevera que la propia Ley establece los mecanismos de corrección, tales como la técnica del aprovechamiento

---

<sup>549</sup> Vid. F. ALVES CORREIA, *O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade*, cit., p. 457.

<sup>550</sup> Vid. F. ALVES CORREIA, *O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade*, cit., p. 461.

<sup>551</sup> Vid. T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho Urbanístico*, cit., 24.ª ed., p. 108.

medio o el tipo y el instituto de la reparcelación, los cuales tienen como propósito deparar un reparto equitativo de los beneficios y cargas entre todos los propietarios<sup>552</sup>.

Ahora bien, algunas prescripciones establecen un régimen urbanístico distintivo en razón de las características originales (vinculación situacional) de cada parcela del suelo. En estos casos hay sectores de la doctrina que defienden que el régimen diferenciado que resulta de las mismas no originaría una discriminación en sentido estricto<sup>553</sup>, puesto que le vienen impuestas al planeamiento.

En contra esta noción, el catedrático portugués ALVES CORREIA asevera que al plan le corresponde, inclusive, minimizar las discrepancias de tratamiento derivadas de sus condiciones originales, mediante la previsión de mecanismos técnicos de igualación<sup>554</sup>, posicionamiento que no discrepa del pensamiento de FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ por el que he pasado previamente. En realidad, la corrección de aquellas provocadas por las características esenciales del terreno se ajusta a la regla general de igualdad, por lo que, realmente, no supone ninguna innovación en el ámbito de los deberes propios del planeador.

El ejemplo más característico de este tipo de sacrificio, según entiendo, es la expropiación de naturaleza urbanística. En el contexto español, la cláusula de cierre del sistema de reparto equitativo de beneficios y cargas está en la llamada «vinculación singular», en el art. 48 b) TRLSRU 2015, que dice que darán lugar a indemnización «las vinculaciones y limitaciones singulares que excedan de los deberes legalmente establecidos respecto de construcciones y edificaciones, o lleven consigo una restricción de la edificabilidad o el uso que no sea susceptible de distribución equitativa»<sup>555</sup>.

---

<sup>552</sup> Vid. T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho Urbanístico*, cit., 24.ª ed., p. 109. El autor se reporta al art. 13.2.c LS2015 como fundamento para el reparto equitativo.

<sup>553</sup> Vid. F. ALVES CORREIA, *O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade*, cit., p. 463.

<sup>554</sup> Vid. F. ALVES CORREIA, *O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade*, cit., p. 457.

<sup>555</sup> MUÑOZ GUIJOSA recuerda que «fue el artículo 87.3 TR\76 el precepto que incluyó la previsión relativa a la indemnización por vinculaciones y limitaciones singulares». Una previsión que, siguiendo a la citada autora, se mantiene en las sucesivas leyes del suelo, llegando hasta el entonces vigente TRLS/2008 (del que deriva, como es sabido, el vigente TRLSRU/2015), que mantiene la sustancia de la previsión, sin perjuicio de la inclusión de ciertas novedades, a saber, la «la falta de empleo del término "ordenaciones", la referencia a los deberes establecidos respecto a "construcciones y edificaciones", y la relativa a la restricción del "uso" (M. A. MUÑOZ GUIJOSA, *La Vinculación Singular en la Normativa sobre Suelo y Urbanismo*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, p. 19).

**PARTE II**  
**EL URBANISMO COMO FUNCIÓN PÚBLICA**

# CAPÍTULO I

## EL PLANEAMIENTO COMO MÉTODO DE ACTUACIÓN DEL ESTADO CONTEMPORÁNEO

### 1. Aspectos generales de la Administración Pública contemporánea

Los cambios de estructura experimentados por el Estado examinados con anterioridad de los que resulta el actual modelo de Estado de Derecho, también han implicado transformaciones estructurales en la Administración Pública, especialmente, en lo que se refiere al modo en el que lleva a cabo sus cometidos.

Si bien es cierto que en los tiempos del Estado de policía, este asumió con fuerza la tarea de contener, ajustar y determinar las conductas de los ciudadanos, el avance que supuso el Estado burgués conllevó la racionalización de su actuación, lo que resultó en que su intervención en materia de derechos individuales fuera mínima.

El Estado social, el cual vino justo a continuación, no observó dicha conducta y tuvo como diferencial una actuación más efectiva de la Administración Pública en relación con las cuestiones sociales, de modo que surgieron, tal y como ya he subrayado, nuevos cometidos para el Estado, entre ellos, el intento de establecer, en la medida de lo posible, un orden social más justo<sup>556</sup>, de fomentar determinadas actividades y de prestar ciertos servicios públicos.

Sin embargo, debe observarse que a causa del esquema de garantías establecido por el constitucionalismo, este reto se volvió muy complejo, de forma que la Administración Pública tuvo que compaginar todos estos nuevos cometidos con la subordinación a la legalidad, con el respeto a los derechos individuales y con la prevalencia del interés general.

Además, la evolución de las actividades administrativas para hacer frente a las nuevas demandas sociales determinó un cambio de su estructura lógico-formal,

---

<sup>556</sup> Vid. E. FORSTHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., p. 108

racionalizando, tal y como he mencionado, la manera de actuar de la Administración Pública y privilegiando la idea del logro de resultados.

Este panorama fáctico conduce a la idea de que la Administración Pública contemporánea ya no puede limitarse ni a improvisar ni a dar respuestas a las propuestas y demandas de la ciudadanía, así como tampoco es posible que establezca reglas *ad hoc*, inclusive por vía legislativa, sin evaluar antes los efectos en el interés colectivo. De la misma manera, la experiencia que surge de la Revolución Industrial y del liberalismo demostró desde un principio que no es posible que el Estado salga de escena y deje el desarrollo al cuidado exclusivo del mercado y de los ciudadanos.

Quiero hacer hincapié en que esta perspectiva determinó cambios tanto en el modo en el que la Administración Pública se relacionaba con la sociedad como del repertorio de cometidos que le competía llevar a cabo. Por otra parte, también hubo una transformación en la forma de conducirse para lograr que su actuación fuera más efectiva, precisa y eficiente; en suma: en aras de hacer que las actuaciones administrativas ganasen racionalidad.

Desde un principio, uno de los elementos claves para asegurar y progresar en este cambio fue la noción de planeamiento estatal<sup>557</sup>, el cual se consolidó como un instrumento que establecía conductas y preveía resultados. Esta técnica administrativa parte de un proceso de verificación de la realidad y de evaluación de las demandas, capaz de guiar la adopción racional de un modelo intencionado de acciones públicas y privadas (por medio de incentivo al desarrollo) que conducen a la consecución de los fines establecidos en el mandato otorgado a la Administración Pública.

Este cambio de dirección lo define muy bien SCHMIDT-ASSMANN, en los siguientes términos:

«Algunos de los importantes cometidos que la racionalidad del Estado de Derecho impone, los asumen ya las figuras de la planificación y del plan. Se

---

<sup>557</sup> Es oportuno aclarar que mi opción por dedicar un capítulo al análisis del planeamiento como método de actuación de los Poderes Públicos se debe a que, a pesar de que en Brasil sea un método constitucionalmente previsto para diversos tipos de actuaciones administrativas (art. 174, 182 CF, verbigracia), en el campo de la planificación urbanística este mecanismo no está consolidado, incluso con dicha previsión constitucional.

entiende por planificación la ejecución de un bosquejo normativo apoyado en la clasificación analítica de situaciones presentes y en el pronóstico de desarrollos futuros. El plan elabora luego cuidadosamente la relación entre la situación de partida, el objetivo y los medios de alcanzarlos. Como bosquejo normativo el plan debe introducir también de forma armoniosa futuras medidas de ejecución. Pero la racionalidad de la planificación y del plan no reside tan sólo en la eficacia directiva, sino también, y sobre todo, en la configuración de ambos como procesos abiertos de presentación y clarificación de intereses»<sup>558</sup>.

De aquí surge la conciencia del deber de planeamiento de las intervenciones administrativas en el contexto económico-social para la búsqueda de un resultado, desde el respeto a las garantías constitucionalmente establecidas. FORSTHOFF, se refiere a la actual conformación de la actividad administrativa, en los siguientes términos:

«La moderna realidad social, determinada decisivamente por la técnica, la economía y —como consecuencia de ellas— por la masificación, imponen al Estado el deber de planificar y dirigir en amplia medida, de reprimir aquí y fomentar allí, de unir en órdenes duraderos los elementos poderosos y los débiles, de crear y mantener posibilidades de existencia para millones de seres, de repartir, controlar o ejercer por sí funciones sociales; en una palabra, de actuar como una fuerza conformadora, estabilizadora y conciliadora en medio de un mundo de máxima vulnerabilidad. Todo ello acarrea la facultad de disponer sobre destinos individuales y colectivos, una facultad que la Administración de épocas anteriores no conocía en absoluto o no conocía en esta proporción»<sup>559</sup>.

La conjugación de estos conceptos determinó la necesidad de la elaboración previa de la forma de la actuación estatal para cumplir un determinado cometido, la cual debía considerar la base legal pertinente, las peculiaridades de un objeto específico, los medios a ser empleados, el tiempo necesario y los fines a ser alcanzados. Esto resultó, igualmente, en la concepción de la libertad de configuración de la Administración Pública.

---

<sup>558</sup> Vid. E. SCHMIDT-ASSMANN, *La teoría general del Derecho administrativo como un sistema, Objeto y fundamentos de la construcción sistemática*, cit. p. 98.

<sup>559</sup> Vid. E. FORSTHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., 15-16.

El problema de este modelo, tal y como FORSTHOFF subrayó<sup>560</sup>, fue que se produjo sin que hubiera una alteración previa de la disciplina constitucional, de modo que la opción fue la de mantener la estructura tradicional de la acción administrativa, así como de su correspondiente control, típica de modelos de actuación estatales ya superados.

Esta circunstancia, según el autor, cuando se contrasta con el esquema constitucional que le es peculiar, concita problemas capaces de generar contradicciones internas en el propio Estado de Derecho, lo que determina la necesidad de conformación de una nueva estructura. Inclusive, es posible argumentar que esta contradicción se agrava en los supuestos en los que es la propia Constitución la que determina la adopción de un sistema planeado sin proporcionar los mecanismos capaces de desarrollarlo.

En términos muy sencillos, la rigidez del sistema constitucionalista al que tradicionalmente se ve sujeta la Administración Pública no comporta nuevas formas de actuación administrativa, especialmente, en su función conformadora, las cuales resultan necesarias como consecuencia de las actuales demandas sociales y económicas.

Tanto es así que, para RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, dentro de este contexto, la garantía del sometimiento de la Administración Pública a la Ley, en contraste con su libertad conformadora, genera una tensión de inicio. El autor entiende que «el sometimiento a la ley de la Administración conformadora se realiza, sobre todo, mediante normas que orientan el ejercicio de esa competencia a la consecución de metas o fines que, frecuentemente, se encuentran en situación de conflicto»<sup>561</sup>.

---

<sup>560</sup> Vid. E. FORSTHOFF, *Sobre medios y métodos de la planificación moderna*, en J. H. KAISER (coord.), G. ARIÑO ORTIZ. y A. GALLEGU ANABITARTE, *Planificación, Estudios Jurídicos y Económicos*, cit., p. 102). El autor advierte que las formas de actuación del Estado de Derecho son la Constitución, la Ley, los reglamentos y los actos administrativos. También CASSESE defiende que el modelo clásico de constitucionalismo está jurídicamente superado (vid. S. CASSESE, *Las bases del Derecho Administrativo*, cit., p. 281).

<sup>561</sup> Vid. J. M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *La ponderación de bienes e intereses en Derecho Administrativo*, cit., p. 34.



A decir verdad, la rapidez a la que se producen cambios de las demandas del mercado, algo que viene sucediendo por un prolongado periodo, así como la proliferación de distintos intereses individuales, junto con el indefectible traspaso de cometidos estatales a la iniciativa privada, configuran un complejo escenario. Con todo, el modelo administrativo puro y duro que se modeló en los albores del constitucionalismo moderno ya no consigue dar respuesta satisfactoria a estos problemas.

Por un lado, existe un sinfín de garantías de todo orden; por otro, hay una creciente demanda por la celeridad y la eficiencia en la toma de decisiones, así como también una necesidad de adoptar unos procedimientos de ejecución más evolucionados, los cuales, muchas veces, no están totalmente contemplados por la legislación.

De acuerdo con ASSMANN, dichos problemas de adaptación de los nuevos cometidos estatales a la doctrina clásica del Derecho administrativo se restringen a determinadas áreas y pueden ser subsanados en su plan de dirección y ejecución. En cualquier caso, remarca que, de ninguna manera, podrán mermar la importancia que actualmente tiene la Ley en el Derecho administrativo<sup>562</sup>.

Los nuevos modelos de sociedad, con su técnica y sus vulnerabilidades, demandan la rápida adopción de procedimientos administrativos, los cuales no siempre se encuadran dentro de un sistema cuya actuación adolece de tanta rigidez. Ahora bien, ello no puede servir de argumento para menoscabar la legalidad o para dejar de atender las demandas; sin embargo, el contrapunto a este panorama es la indefectible generación de *trade-offs*, es decir, de intereses o variables que, por alguna razón, no son privilegiados en el planeamiento.

Particularmente, entiendo que la tensión surgida entre esta configuración social y el esquema constitucionalmente impuesto a la Administración Pública se puede resolver mediante el ejercicio de la planificación, dado que está sometida a los principios generales del Estado consolidados por la Constitución. La igualdad, la

---

<sup>562</sup> Vid. E. SCHMIDT-ASSMANN, *La teoría general del Derecho administrativo como un sistema, Objeto y fundamentos de la construcción sistemática*, cit., p. 93.

legalidad, la racionalidad y la proporcionalidad son reglas que atañen a cualquiera de los medios de actuación de la Administración Pública, por lo que es incontestable que, tal y como concluye KAISER, una vez que un determinado plan es compatible con dichas reglas, lo es de igual modo con el Estado de Derecho<sup>563</sup>.

## 2. Aspectos generales de la potestad de planeamiento

Antes que nada, quiero esclarecer que considero a la planificación como un instrumento del que el Estado se vale para llevar a cabo sus atribuciones con método, racionalidad, programación, eficiencia y orden, que sigue un procedimiento previamente establecido y que parte de evaluaciones globales de la situación concreta de la ciudad.

Esta noción de la actividad planeada de la Administración Pública en la ejecución de sus atribuciones ha cobrado protagonismo en los dos últimos siglos, aunque a decir verdad, no se haya visto libre de críticas y tampoco sea la única manera de la que dispone la Administración Pública para cumplir con los cometidos estatales y desarrollar sus actividades.

El planeamiento ha prevalecido de tal manera que, en palabras de KAISER, se ha consolidado como «una gran característica de nuestra época»<sup>564</sup>, llegando incluso a ser considerado como un elemento caracterizador de la evolución del Estado liberal al Estado social<sup>565</sup>, tal y como refiere ALVES CORREIA. Esto se produce a partir del reconocimiento de que muchos de los cometidos estatales originados con el Estado social son determinantes para que el Poder Público formule una estrategia de actuación para el logro de ciertos resultados, o dicho sea de otro modo, para tener efectividad.

Obviamente, no basta con que el Estado conozca con antelación la base fáctica que demanda la actuación de la Administración Pública, que por lo general consiste en una serie de necesidades de los ciudadanos, sino que tiene que conjugarlo con el conocimiento técnico. Todo ello para formular un programa, definir de forma

---

<sup>563</sup> Vid. J. H. KAISER, Prefacio de la obra *Planificación*, en J. H. KAISER (coord.), G. ARIÑO ORTIZ y A. GALLEGU ANABITARTE, *Planificación, Estudios Jurídicos y Económicos*, tomo I, cit., p. XVIII.

<sup>564</sup> Vid. J. H. KAISER, *Reflexiones filosóficas sobre la planificación*, en J. H. KAISER (coord.), G. ARIÑO ORTIZ y A. GALLEGU ANABITARTE, *Planificación, Estudios Jurídicos y Económicos*, tomo I, cit., p. 4.

<sup>565</sup> Vid. F. ALVES CORREIA, *O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade*, cit., p. 169.

precisa su objeto, los fines a ser alcanzados y el instrumento para su ejecución, de manera que se produzca una intervención racional en el complejo tejido social. Consecuentemente, al mismo tiempo que se afianzó el concepto del planeamiento, también se consolidó, al menos en teoría, la noción del procedimiento y de su instrumentalización en una secuencia de fases ordenadas de manera racional, con el objetivo de avanzar hacia el fin perseguido.

Es cierto que este modo de actuar no es inédito, ya que no representa nada más que la sistematización de las actuaciones estatales, las cuales abarcan la previsión de los procedimientos, la orientación hacia un objeto u objetivo y la estimación de sus resultados, procesos utilizados sistemáticamente por otras muchas áreas del conocimiento humano. Sin embargo, desde el punto de vista estrictamente administrativo, ha implicado una profunda transformación del ejercicio de las funciones estatales, llegando a atribuírsele la responsabilidad de un cambio profundo en la propia historia de la Administración<sup>566</sup>.

Por supuesto que cuando se considera el planeamiento de una forma abstracta, se presenta como un modelo de actuación que parte de una realidad evaluada a nivel global, que no admite improvisaciones, que representa una actuación más volcada en la técnica y que trabaja en función de la obtención de resultados. En pocas palabras, la planificación parte de la evaluación y del diagnóstico del ámbito de su incidencia, a partir de la aplicación del conocimiento —técnico y material— propio de la actividad administrativa, además, lo hace confrontándolo con el conocimiento fáctico de las demandas populares y de los resultados de anteriores actuaciones.

El cambio de rumbo de la Administración Pública ocasionado por la adopción del planeamiento como técnica se debe al hecho de que le exige, por primera vez, que actúe contundentemente en función de procesos de evaluación, de diagnóstico de situaciones que demandan la actuación administrativa, del planeamiento estratégico y de la compaginación entre lo político y lo técnico.

---

<sup>566</sup> Vid. A. KOFFGEN, *Misión, Métodos, Instrumentos de la Actividad Administrativa de la Planificación*, en J. H. KAISER (coord.), G. ARIÑO ORTIZ. y A. GALLEGU ANABITARTE, *Planificación, Estudios Jurídicos y Económicos*, cit., p. 218.

Debido a todo el aparato del que se compone, el planeamiento se muestra como la manera más evolucionada de la que se vale la Administración para llevar a efecto el proceso de toma de decisiones. Representa, por lo tanto, una ruptura con la improvisación, con la actuación por pura reacción y con la adopción de medidas de urgencia en el panorama de las intervenciones administrativas habituales, continuas e indeclinables que buscan satisfacer un fin público o de interés público<sup>567</sup>.

De la misma manera, como bien observa BERMEJO VERA, la potestad de planeamiento, más que consistir en un privilegio público ante al administrado, permite que la Administración Pública, al definir y ordenar con antelación sus intervenciones, se autovincule<sup>568</sup>. Ello posibilita un control más eficaz de la actividad administrativa a partir de parámetros más seguros.

Al hilo de este argumento, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ advierte que la actividad de planificación consiste tanto en la previsión como en la conformación del futuro, de forma que se mitigue el azar y la coyuntura. Ahora bien, su existencia no significa la ausencia de equívocos en la toma de decisiones o en el establecimiento de conductas<sup>569</sup>.

Así y todo, los logros y beneficios derivados de la planificación, no acallan las innumerables críticas que se le hacen a este sistema. Tal vez, la más rigurosa sea la de que la planificación es una de las formas más evidentes de intervencionismo de la Administración Pública en la sociedad.

Este juicio estriba en que, si bien es cierto que desde la óptica de la Administración Pública constituye un método de actuación racional, estratégica y procedimental para la implementación de las obligaciones administrativas, por otro lado, también se configura como un medio del que se vale para imponer conductas a los ciudadanos y al mercado. Hay quien defiende que esta circunstancia representa un

---

<sup>567</sup> Advierte KAISER, «que todo lo que es relevante para la comunidad puede ser planificado». A mi juicio, a pesar de las ventajas de la actividad planeada, hay veces que se abusa de ella, ya que, en algunos casos, se podría optar por una solución más práctica y sencilla (vid. J. H. KAISER, *Reflexiones filosóficas sobre la planificación*, en J. H. KAISER (coord.), G. ARIÑO ORTIZ. y A. GALLEGU ANABITARTE, *Planificación, Estudios Jurídicos y Económicos*, cit., p.12).

<sup>568</sup> Vid. J. BERMEJO VERA, *Derecho Administrativo. Parte Especial*, Thomson Civitas, Madrid, 2009, 7.<sup>a</sup> ed., p. 92.

<sup>569</sup> Vid. T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *El Urbanismo Concertado y la Ley del Suelo*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1974, p. 31-32.

intervencionismo estatal directo en el orden social, además de una evidente y férrea intervención en la libertad individual y empresarial<sup>570</sup>.

Estas ponderaciones esbozan la importancia del desempeño de esta función y aclaran, *per se*, los motivos por los cuales la planificación jamás se ha librado de las críticas de los diferentes sectores en los que repercute. De la misma manera, nunca ha estado libre de sospechas, debido a que no es raro que en el ejercicio de una potestad pública, se puedan producir desvíos de la finalidad e, incluso, corrupciones administrativas<sup>571</sup>.

Sin embargo, a mi juicio y al encarar la cuestión a partir de la realidad administrativa actual, parece claro que las acciones planeadas tienen una mayor vocación por la generación de mejores resultados, por el hecho de ser, en teoría, un modelo de acción derivada de una intensa estructura de ponderación y de racionalización estatal.

Al insistir en la idea de que la naturaleza del planeamiento suscita polémicas, hay que subrayar que la doctrina no es unánime al definir si el planeamiento es una modalidad de actuación administrativa distinta a las habituales —acto administrativo, servicio público— o si es el método que el Estado utiliza para instrumentalizar su actuación<sup>572</sup>.

Además, soy consciente de que hay quienes conciben el resultado del planeamiento administrativo —los planes de eficacia *plurisubjetiva*— como instrumentos de acción con una mayor carga de peligrosidad que el de las intervenciones administrativas usuales, pues mientras que estas últimas afectan puntualmente a la libertad, el planeamiento administrativo establece, justamente, las

---

<sup>570</sup> Vid. L. MAZZAROLLI, *I Piani Regolatori Urbanistici Nella Teoria Juridica Della Pianificazione*, CEDAM, Padova, 1966, 1º Ed. Ristampa, p. 10.

<sup>571</sup> Vid. R. PARADA, *Derecho Administrativo III, Bienes Públicos y Derecho Urbanístico*, cit., p. 347 y 348.

<sup>572</sup> A modo de ejemplo, G. ARIÑO ORTIZ y A. GALLEGO ANABITARTE defienden que «es un modo de ser del Estado en su unidad» (vid. G. ARIÑO ORTIZ y A. GALLEGO ANABITARTE, en la presentación de J. H. KAISER (coord.), G. ARIÑO ORTIZ y A. GALLEGO ANABITARTE, *Planificación, Estudios Jurídicos y Económicos*, tomo I).

condiciones del ejercicio de la libertad en todas sus conformaciones (individual o de mercado)<sup>573</sup>.

De cualquier forma, creo que se debe considerar que todas las intervenciones administrativas en la órbita individual, ya sean puntuales, o generales, inclusive aquellas que no son resultado de un plan, pueden lesionar o perjudicar derechos. Precisamente por este motivo, en la actualidad, se cuentan con muchos y eficaces métodos de control capaces de librar a cualquier acto administrativo de los eventuales vicios susceptibles de socavar libertades. Particularmente, en lo que se refiere a los planes, entiendo que la ponderación de los intereses afectados por los mismos es un importante mecanismo para impedir la arbitrariedad de las medidas.

Al reflexionar sobre lo que hasta este momento he manifestado, creo que la actuación planeada del Poder Público es preferible a la actuación casuística, improvisada y desordenada. Aún más, una de las principales garantías de los planes es que tienen que presentar mecanismos de nivelación de los beneficios y cargas que conllevan, en observancia del principio de la igualdad.

Ahora bien, no desconozco que hay quienes sostienen que el plan, en no raras ocasiones, alberga una buena dosis de utopía, pues «nunca puede abarcar todas las variantes del desarrollo planificado» y este componente utópico conferiría una cierta ambigüedad a tal instrumento<sup>574</sup>. Sin embargo, a mí me parece que si se tiene en cuenta que la actuación administrativa se conforma en un instrumento orientador, como por ejemplo, es el plan, es más fácil imponer un control judicial objetivo a partir de datos muy precisos y con la vocación de atender la multitud de eventuales interesados.

En mi opinión, es posible reducir e incluso eliminar por completo la carga de utopía del plan, siempre y cuando esta exista, mediante los instrumentos de control que determinen que el propio planeamiento o el plan que de él se deriva, contengan instrumentos capaces de garantizar su ejecución y eficacia.

---

<sup>573</sup> Vid. E. FORSTHOFF, *Sobre Medios y Métodos de la Planificación Moderna*, en J. H. KAISER (coord.), G. ARIÑO ORTIZ. y A. GALLEGU ANABITARTE, *Planificación, Estudios Jurídicos y Económicos*, cit., p. 86 y 98.

<sup>574</sup> Vid. J. H. KAISER, *Reflexiones filosóficas sobre la planificación*, en J. H. KAISER (coord.), G. ARIÑO ORTIZ. y A. GALLEGU ANABITARTE, *Planificación, Estudios Jurídicos y Económicos*, cit., p. 4-5.

## 2.1. El planeamiento en cuanto requisito de la eficacia

A causa de todas las cuestiones a las que me he referido hasta el momento, no sin tener en cuenta todos los teóricos argumentos en su contra, considero que el planeamiento se presenta hoy por hoy como una de las maneras más eficaces de actuación administrativa. En un primer análisis, comparto la opinión de KOFFGEN de que, a diferencia de lo que ocurría en los albores de la Administración moderna, cuando las variables con las que trabajaba gozaban de cierta estabilidad, a la Administración actual se le presentan factores en constante cambio, lo que exige de la misma una actuación metódica<sup>575</sup>.

Quiero completar este argumento con mi idea de que el planeamiento también es imprescindible debido a sus características esenciales, entre las cuales destaco: el ejercicio administrativo de un juicio de diagnóstico de los datos previamente obtenidos, lo que favorece que las opciones públicas estén sincronizadas con la realidad social, sin perder de vista el racionalismo y la prevalencia de la técnica.

Además, en el plan se integran diversas perspectivas sectoriales. En la medida en que la ordenación de la realidad, y más en concreto del territorio, obliga a un análisis multidisciplinar, el planeamiento propicia, precisamente, la necesaria consulta entre las Administraciones sectoriales afectadas. Como no podría ser de otro modo, esto es algo que sucede especialmente en los casos en que se habla de planes especiales de ordenación de recursos naturales, de ordenación de puertos, de costas, etc., cuya trascendencia urbanística es indudable.

Asimismo, quiero destacar un factor de primacía del planeamiento en la actualidad, el establecimiento de un fin o de unas metas a ser alcanzados, lo cual le confiere la vocación de producir efectos futuros y, lo que tiene aún mayor importancia, el establecimiento de los métodos de ejecución en su instrumento de concreción, el plan, que garantiza su efectividad.

---

<sup>575</sup> Vid. A. KOFFGEN, *Misión, métodos, instrumentos de la actividad administrativa de la planificación*, en J. H. KAISER (coord.), G. ARIÑO ORTIZ. y A. GALLEGU ANABITARTE, *Planificación, Estudios Jurídicos y Económicos*, cit., p. 219.

Por lo que entiendo, el planeamiento como forma de actuación del Estado contemporáneo ha sido determinante, inclusive, en la teoría de la eficiencia administrativa tan aclamada en la actualidad por los más variopintos ordenamientos jurídicos, llegando incluso a convertirse en un principio rector de la Administración Pública<sup>576</sup>.

Al enfocar este asunto desde otro prisma, no se puede olvidar que el urbanismo repercute y participa en la economía local<sup>577</sup>, a raíz de la función atributiva de los planes. En efecto, el plan, fundamentalmente, define los parámetros urbanísticos, prevé el derecho a edificar e impone los mecanismos de equilibrio de los beneficios y cargas derivados de la urbanización. Por todo ello, JARDÍ I CASANY considera el planeamiento urbanístico como uno de los instrumentos mediante el que el Estado Social de Derecho puede promover «la justicia y el equilibrio económico»<sup>578</sup>, es decir, de llevar a cabo su responsabilidad de promover un orden social justo<sup>579</sup>.

No es casualidad, por tanto, que sea posible identificar esta función en los diferentes sectores en los que se produce la actuación administrativa. Por ejemplo, actividades como la elaboración del presupuesto o, también, las políticas tributarias, urbanísticas, sanitarias, educativas y de transportes son resultado de un planeamiento previo<sup>580</sup>. De este modo, no resulta ni mucho menos extraño que algunos órdenes constitucionales lo hayan impuesto como uno de los métodos de actuación de la Administración Pública al que se debe conceder prioridad, como es el caso de la brasileña, que establece expresamente en el artículo 174 de la Constitución el planeamiento como uno de los modos de actuación de la Administración Pública.

---

<sup>576</sup> A día de hoy, en España, los principios de eficacia (art. 103 CE), y de eficiencia están consagrados constitucionalmente con carácter general, en el art. 3.1 h) y j) de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público. En Brasil, el principio de la eficiencia fue positivizado constitucionalmente en el artículo 37, al disponer que es de obligatoria observancia para la Administración.

<sup>577</sup> En este sentido, (vid. M. CARABBA, *L'intervento Pubblico per la sistemazione del territorio*, Giuffrè, Roma, 1970, p. 2) y también MAROTTA, quien subraya que «siano indubbiamente sin un campo in cui, per i rilevanti interessi economici in gioco, cespri ed inevitabile sono i contrasti fra interessi pubblici e privati» (vid. L. MAROTTA, *Pianificazione urbanistica e discrezionalità amministrativa*, CEDAM, Padova, 1988, p. 13).

<sup>578</sup> Vid. E. JARDÍ CASANY, *El planeamiento urbanístico*, cit., p. 286.

<sup>579</sup> Vid. E. FORSTHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, cit., p. 108.

<sup>580</sup> ARIÑO ORTIZ y GALLEGU ANABITARTE sostienen que el planeamiento es un modo de ser del Estado y no una otra modalidad de actuación (vid. G. ARIÑO ORTIZ. y A. GALLEGU ANABITARTE, en J. H. KAISER (coord.), G. ARIÑO ORTIZ. y A. GALLEGU ANABITARTE, *Planificación, Estudios Jurídicos y Económicos*, cit., p. XXXVII).



Además de la amplitud de su ámbito de acción, tanto el planeamiento como el plan que de él se origina son igualmente amplios en su contenido. Ello se debe a que no solo contemplan prescripciones, diagnósticos y pronósticos, sino que también contienen mecanismos de autoejecución y de autorregulación y, en el caso de que se produzcan modificaciones en su ámbito de aplicación, cuenta, incluso, con instrumentos capaces de facilitar los ajustes que eventualmente resulten necesarios. Tales instrumentos son los que les garantizan mayor efectividad y correlación no solo con la realidad que los origina y a la que pretende servir como guía, sino también con el objetivo que les compete alcanzar.

También considero relevante subrayar que, aunque tengan una fuerte carga política derivada de las evaluaciones subjetivas del titular del Poder de planear, las directrices que traza pretenden en todo momento compaginarse con las opciones técnicas<sup>581</sup> que se imponen por la naturaleza de las cosas o incluso por las demandas sociales, cada día más específicas.

Para que haya garantía de la efectividad del complejo conglomerado en el que se convierte el planeamiento, este debe mantener una perfecta relación de sincronía con la realidad que lo origina y a la que pretende corresponder como guía y, también, con el objetivo que le compete alcanzar, todo ello sin apartarse de la noción de la mejora técnica enfocada en el cumplimiento del más expresivo interés público.

---

<sup>581</sup> En este punto, estoy de acuerdo con MARTÍNEZ DE PISÓN APARICIO, quien afirma que, en la formulación del plan, hay un *intercruzamiento* entre los motivos de oportunidad y las opciones técnicas, lo que impone, desde luego, un régimen diferenciado al control judicial que eventualmente se tenga que ejercer (vid. I. MARTÍNEZ DE PISÓN APARICIO, *El Control Judicial de la Discrecionalidad de la Potestad de Planeamiento*, cit., p. 229). A pesar de que esto es cierto y que, además, considero prematuro profundizar en esta cuestión en este momento, me voy a anticipar al afirmar que el resultado de este *intercruzamiento* es un tema que, más que una cuestión de Derecho, pertenece en mayor medida a la educación para la ciudadanía. Es decir, no son raras las veces en que los ciudadanos cuando manifiestan sus pretensiones cuanto al planeamiento, presentan demandas individuales y subjetivas, intentándolas hacerlas pasar como si fueran de interés público, a pesar de que respondan a intereses ajenos al mismo, lo cual denota un fuerte egocentrismo. Los administradores, al examinarlas, ya adolecen de cierto vicio en su criterio, el cual se rige por determinada complacencia para con sus votantes, e incluso a veces, con quienes aportan fondos a su campaña electoral. De ahí que las razones de oportunidad se convierten casi constantemente en un juego de azar, o en las ya citadas palabras de ALEJANDRO NIETO, el planeamiento urbanístico es una «cuestión de colores. Entre la ruina y la fortuna no hay más que un lápiz y una astilla» (vid. A. NIETO, *España entre Astillas*, cit., p. 104).

Una vez más quiero poner énfasis en que no desconozco que, en el ámbito de la planificación, surgen percances y también que provoca ciertas polémicas y problemas típicos de su evidente falta de adaptación a algunos aspectos del constitucionalismo tal y como se concibe actualmente<sup>582</sup>. Ahora bien, dicha circunstancia, por lo general, no disminuye la importancia y la eficacia de este modo específico de actuación administrativa y tampoco menoscaba los logros históricos que gracias a él se consiguen.

Para cerrar este tema, quiero aclarar que entiendo que el planeamiento se muestra como una actuación pública con una garantía dual: por un lado, le asegura al Estado mayores posibilidades tanto de éxito como de eficacia en su actuación; por otro, confiere una mayor seguridad jurídica a los administrados. Esto se debe a que proporciona una mínima previsibilidad del modo estatal de actuar y a que los marcos establecidos por la planificación sirven de instrumentos endógenos para su control jurídico.

## **2.2. El planeamiento urbanístico**

Tal y como he descrito en los capítulos anteriores, las ciudades lograron alcanzar un determinado nivel de desarrollo, ya fuera este positivo, o negativo, el cual dio paso a la concepción del urbanismo como método de la ordenación urbana, lo que rápidamente se convirtió en una necesidad para la sociedad<sup>583</sup> y fue objeto de juridificación. En la definición de FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, el urbanismo, actualmente, es «una perspectiva global e integradora de todo lo que se refiere a la relación del hombre con el medio en el que se desenvuelve y que hace de la tierra, del suelo, su eje operativo»<sup>584</sup>.

---

<sup>582</sup> FORSTHOFF llama la atención sobre el hecho de que algunos de los problemas ocasionados por la planificación determinan una cierta contradicción entre el Estado de Derecho y la estructura constitucional y defiende la necesidad de establecer nuevas concepciones. (vid. E. FORSTHOFF, *Sobre Medios y Métodos de la Planificación Moderna*, en J. H. KAISER (coord.), G. ARIÑO ORTIZ. y A. GALLEGU ANABITARTE, *Planificación, Estudios Jurídicos y Económicos*, cit., p. 102).

<sup>583</sup> Vid. F. ARCHER y J. O. GIARD, *O Urbanismo e a Política*, Estampa, Lisboa, 1976, p. 138. En el desarrollo de su pensamiento, ARCHER y GIARD afirman que «el urbanismo se corresponde a una necesidad del desarrollo económico, social, cultural y moral de la sociedad» (*idem*, p. 247).

<sup>584</sup> Vid. T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho urbanístico*, cit., p. 16.

En efecto, según afirma KORN,

«the most elementary way to study a town is to see it as an individual specimen. Everybody is aware of this method. The next stage is to classify it as a historical type; as for instance a medieval town, a renaissance town, or a great modern city. The last stage is to see it as a product of general laws which apply to towns all types and periods»<sup>585</sup>.

Por ello, se hizo indispensable que el Estado realizase una gestión integral, racional y metódica del suelo, capaz de cumplir con los intereses generales y promover un adecuado desarrollo urbano, lo que sirvió para que el planeamiento urbanístico<sup>586</sup> se convirtiera en protagonista de la cuestión de la ordenación de las ciudades.

En efecto, actualmente se piensa que ya no es posible dejar que la ciudad se desarrolle en función de las opciones privadas y que tampoco debe responder, en exclusiva, a los intereses individuales o del mercado, tal y como ocurrió con la ciudad industrial, esto sin olvidar que el interés y el bienestar colectivo deben servir de norte para las acciones urbanísticas, las cuales, ahora, deben derivarse de un complejo sistema en el que se conjuguen los intereses colectivos e individuales.

GARCÍA DE ENTERRÍA, al reconocer la ineludible tendencia a la superpoblación en las ciudades, sostiene que hoy en día es imprescindible que el Poder Público acometa un planeamiento racional de las conductas urbanísticas mediante un instrumento que se imponga por un cierto período de tiempo, en aras del cumplimiento

---

<sup>585</sup> Vid. A. KORN, *History Builds the Town*, cit., p. 3.

<sup>586</sup> A decir verdad, hay quienes consideran que el plan urbanístico no es realmente un plan. KOFFGEN es uno de ellos y para ello alega dos motivos específicos: 1) carece de la típica elasticidad de la planificación que permite una rápida reacción en el caso que se presenten alteraciones en las situaciones planeadas; 2) la eventual variabilidad de los planes podría chocar con la estabilidad característica del Derecho de propiedad. (vid. A. KOFFGEN, *Misión, métodos, instrumentos de la actividad administrativa de la planificación*, en J. H. KAISER (coord.), G. ARIÑO ORTIZ. y A. GALLEGU ANABITARTE, *Planificación, Estudios Jurídicos y Económicos*, cit., p. 221). Personalmente, no comparto esta noción porque aun cuando los planes urbanísticos generalmente pierden su vigencia después de un determinado periodo, lo cierto es que se someten periódicamente al *jus variandi*, con el objeto de adaptarse a los factores externos y, por lo general, están dotados de mecanismos de previsión propios para su adecuación en casos de cambios bruscos en el sustrato sobre el que tienen incidencia. Más aún, pueden incluso contemplar que, por razones de interés público, se produzcan alteraciones significativas en su configuración antes de la finalización prevista de su vigencia. Ahora bien, la planificación territorial también choca con algunos postulados del constitucionalismo tradicional, tal y como apunta FORSTHOFF (vid. E. FORSTHOFF, *Sobre Medios y Métodos de la Planificación Moderna*, en J. H. KAISER (coord.), G. ARIÑO ORTIZ. y A. GALLEGU ANABITARTE, *Planificación, Estudios Jurídicos y Económicos*, cit., p.87).

de determinados propósitos<sup>587</sup>. Prosigue justificando que la característica elemental de la ciudad es ser «un hecho colectivo», de manera que el desarrollo urbanístico deber ser controlado y decidido también colectivamente<sup>588</sup>.

A decir verdad, el planeamiento urbanístico es a día de hoy, sin género de dudas, una imposición en vez de una opción administrativa. Es de tal importancia que, por poner un ejemplo, la Constitución brasileña de 1988, en cuyo artículo 174, dispone que el Poder Público ejerza la función de planificar la actividad económica, además de establecer en el art. 182, que la ordenación urbana es una función igualmente pública, determinando, asimismo, la ineluctable adopción de un plan urbanístico como elemento rector de toda política urbana.

Justo por este motivo, a mi juicio, el planeamiento urbanístico constituye hoy en día el punto fundamental del urbanismo y, por ende, uno de los temas capitales del Derecho urbanístico. Todos los registros históricos sobre la ciudad y el Estado, que he mencionado brevemente en la primera parte de esta investigación, justifican la significativa intervención estatal en el tejido urbano y conducen necesariamente a la comprensión de que el planeamiento es el método más adecuado del que dispone el Estado para intentar equilibrar las distintas demandas sobre el suelo y de hacer prevalecer el interés público<sup>589</sup>.

Tal y como se puede concluir a partir de los mismos registros históricos, esta intervención en el medio ambiente urbanizado siempre ha estado marcada, al menos, por un mínimo planeamiento, y en la actualidad cobra aún un mayor relieve por el hecho de que se asocia a las demandas de un uso adecuado, racional y sostenible del cada vez más escaso suelo urbanizado.

Por tanto, no es en vano que el urbanismo y el planeamiento espacial se constituyeron sin tardar como campos de aplicación de la actividad administrativa

---

<sup>587</sup> Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Problemas actuales del régimen local*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2007, 1.ª ed., p. 120 y 121.

<sup>588</sup> Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Problemas actuales del régimen local*, cit., p. 125.

<sup>589</sup> Vid. T. R. FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho urbanístico*, cit., p. 16.

planeada<sup>590</sup>. Sobre todo, debido a que las ciudades han sido un importante centro de atracción de las migraciones, lo que resultó raudamente en su irremediable tendencia a crecer.

El grado de importancia del planeamiento en la disciplina urbanística contemporánea, y por lo tanto del plan, es tan significativo que quiero reiterar que PREDIERI defiende que está correlacionado con el urbanismo, atribuyéndole la introducción del propio término dentro el vocabulario administrativo<sup>591</sup>. Tal posicionamiento es confirmado por la convicción de CARABBA de que «la “cuestione urbanistica” è venuta ponendosi come un tema di importanza essenziale qualificante lo stesso processo di pianificazione»<sup>592</sup>.

El intenso proceso de urbanización que se verifica en la actualidad pone de manifiesto que el espacio urbanizado concentra todos los intereses de los ciudadanos<sup>593</sup>. Los seres humanos, ya sea aquellos que viven en ciudades, o los pocos que todavía permanecen en el campo, dependen, casi sin distinción, de todos los posibles recursos que la ciudad les pueda proporcionar.

No obstante, las ciudades no son solamente un centro donde abastecerse. De alguna manera, en ellas se concentra un esquema de valores, de experiencias, de creación de intereses dirigidos a la convivencia social. De tal forma que hoy en día, los centros urbanos, además de ser numerosos, asumen cada vez mayores e incontenibles proporciones, tal y como se produce en las gigantescas, y muchas veces degradadas, ciudades de América, Asia e incluso África.

A la vez que los centros urbanos crecen de forma exponencial, también se amplía la magnitud de los problemas urbanos y se justifica una intervención más especializada del Poder Público. Sin embargo, este tipo de intervención depende de un

---

<sup>590</sup> Vid. F. ARCHER Y J. O. GIARD, *Urbanismo e a Política*, cit., p. 45.

<sup>591</sup> Vid. A. PREDIERI, *Pianificazione e Costituzione*, cit., p. 93.

<sup>592</sup> Vid. M. CARABBA, *L'Intervento Pubblico per la Sistemazione del Territorio*, cit., p. 3.

<sup>593</sup> Vid. J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Los Planes de Urbanismo*, Abella. El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 1974. p. 35. El autor cita como principales problemas las «monstruosas concentraciones urbanas», las precarias condiciones de vida de algunos centros urbanos, el desequilibrio entre el campo y la ciudad e apuntaba ya en 1974 la «destrucción de la naturaleza» como «una realidad a ser enfrentada por el urbanismo».

planeamiento previo que contemple las garantías constitucionales y se valga de técnicas evolucionadas y racionales de ejecución para el logro de una finalidad específica.

Los impactos que las decisiones públicas conformadas en el planeamiento repercuten inmediatamente en diferentes contextos, como es el medioambiental, el histórico, el jurídico y el económico. Ahora bien, tal y como señala TRAYTER JIMÉNEZ, no se puede perder de vista el impacto indirecto que tiene el planeamiento en el contexto cultural, pues «condiciona el futuro desarrollo de las costumbres de los ciudadanos, al trazar el entorno dominante de un cierto nivel de calidad de vida»<sup>594</sup>. El planeamiento, por lo tanto, puede transformar el modo de vida de una determinada colectividad, lo cual exige un efectivo control de su elaboración, como más adelante se demostrará.

Igualmente, se puede objetar que al conformar el ejercicio del Derecho de propiedad mediante la indicación del destino del suelo y de los aprovechamientos urbanísticos, el planeamiento conlleva riesgos pues atribuye a la Administración Pública un importante papel de gestora de la economía. Especialmente, en vista de que el planeamiento que se ejerce en un plan genuinamente discrecional es el gran responsable por el otorgamiento del *jus aedificandi*, el máximo atributo del que puede disfrutar el suelo en la ciudad.

No se puede perder de vista que la repercusión de esta actividad en el espacio urbano y en el Derecho de propiedad puede ser dimensionada fácilmente. Al considerar que una tipificación de un suelo como de uso residencial unifamiliar le atribuye un valor de mercado muy distinto del que tendría si su naturaleza fuera la de albergar un uso industrial, en cuyo caso, su valor se vería multiplicado respecto a un uso habitacional.

### **3. La ponderación como elemento estructurante del planeamiento**

El planeamiento se desarrolla mediante continuos juicios de ponderación o, en otras palabras, de atribución de peso a determinados intereses o bienes que guardan

---

<sup>594</sup> Vid. J. M. TRAYTER JIMÉNEZ, *El control del planeamiento urbanístico*, Civitas, Madrid, 1.ª ed., 1996, p. 161.

relación de pertinencia con su objeto. A él le toca prever los resultados y elegir los medios de actuación para la concreción de los fines previamente establecidos<sup>595</sup>.

Tal y como se puede inferir de esta premisa, pertenece a la naturaleza misma del procedimiento de planeamiento, un amplio ámbito discrecional de decisión que opera sobre un determinado presupuesto de hecho<sup>596</sup> y que debe ser invocado por el planeador en las razones de la decisión. De esto se deduce que los resultados de la ponderación y la respectiva decisión siempre podrán ser controlados por el Poder Judicial.

Dicho control, según advierte ASSMANN, «se refiere, fundamentalmente, al proceso de la ponderación y a los elementos de motivación que en el mismo se manifiesten»<sup>597</sup>, y pretende verificar la observancia del principio de la proporcionalidad en el análisis de los intereses o elementos relevantes para la planificación, además del procedimiento de valoración y atribución de peso a cada uno de ellos. Esa realidad es determinante para que ciertos sectores de la doctrina afirmen que el genuino mandato de ponderación inherente a la actividad planificadora está totalmente subordinado al principio de la proporcionalidad<sup>598</sup>.

No obstante, la ponderación que se efectúa en el proceso de planificación no está libre de críticas. No es infrecuente encontrar a autores que pongan reparos a lo que suelen considerar un ámbito de subjetivismo en el juicio de ponderación, derivado de la ausencia de una pauta general para dicho proceso. Por otro lado, no se establece previamente un orden jerárquico entre los valores y bienes jurídicos que serán

---

<sup>595</sup> Vid. S. MARTÍN RETORTILLO, *Antecedentes del concepto de plan y referencia a la legislación de fomento del siglo XIX*, Revista de Derecho Administrativo, n. 49, 1966, p. 46.

<sup>596</sup> Vid. E. SCHMIDT ASSMANN, *La Teoría General Del Derecho Administrativo Como Sistema, Objeto y fundamentos de la construcción sistemática*, cit., p. 222.

<sup>597</sup> Vid. E. SCHMIDT ASSMANN, *La Teoría General Del Derecho Administrativo Como Sistema, Objeto y fundamentos de la construcción sistemática*, cit., p. 236.

<sup>598</sup> Vid. E. SCHMIDT ASSMANN, *La Teoría General Del Derecho Administrativo Como Sistema, Objeto y fundamentos de la construcción sistemática*, cit., p. 222. Solo para recordar, ya que ya he tratado este asunto en el capítulo precedente, la observancia de la proporcionalidad en la decisión se verifica mediante la identificación del presupuesto de hecho, la adecuación entre medios y fines, la comprobación de la necesidad de la medida y la aplicación de la proporcionalidad en sentido estricto. El control se ejerce, esencialmente, por medio de la evaluación de si el presupuesto de hecho existe de veras y de la corrección de la correspondiente calificación jurídica atribuida, teniendo como pautas la prohibición del exceso, la ponderación entre medios y fines, así como la elección del medio menos costoso, tal y como remarca VICENTE DOMINGO (vid. R. DE VICENTE DOMINGO, *Las alteraciones del planeamiento urbanístico. El control judicial de la ordenación del suelo*, La ley, 1994, Las Rozas, p. 155).

sopesados<sup>599</sup> ni, tampoco, una indicación mínimamente objetiva acerca de cómo proceder.

Todo ello se debe al hecho de que, por lo general, la norma habilitante se limita a fijar directrices y fines a ser alcanzados, sin establecer objetivamente qué elementos deben ser ponderados ni cómo se deben solucionar los frecuentes conflictos de intereses habidos en el ámbito del objeto de la planificación<sup>600</sup>.

Efectivamente, en virtud de que la técnica no se sustenta de forma previa en balizas que le permitan estimar el peso de cada valor jurídicamente relevante para el planeamiento, su estimación forma parte de un juicio discrecional bastante amplio del intérprete, quien no es inmune a subjetivismos. Quiero reiterar que, precisamente este último factor, sirve para intensificar las críticas hasta tal punto, que incluso el sector más radical de la doctrina llega a defender que la ponderación se debe restringir a la actividad legislativa<sup>601</sup>.

Como contrapunto a estas afirmaciones, creo que tiene cabida considerar el valor de la ponderación y de la discrecionalidad en la práctica administrativa. No hay como llevar a cabo las tareas típicas de la función ejecutiva sin que se disponga de un acentuado margen de apreciación y, en consecuencia, sin efectuar un sinnúmero de valoraciones acerca de los múltiples supuestos fácticos y de las posibilidades legales de actuación que, en todo momento, se le presentan al administrador público.

A mi juicio, no proceden las alegaciones sobre la pérdida de seguridad jurídica y la imprevisibilidad de los resultados, así como tampoco las que aducen que el resultado del juicio de ponderación es una *justicia del caso concreto*<sup>602</sup>, totalmente subordinada a los subjetivismos del intérprete, lo que ofendería principios básicos del constitucionalismo, entre otros, el de la igualdad.

---

<sup>599</sup> Vid. K. LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1997, 3.ª ed., p. 575.

<sup>600</sup> Vid. A. F. DE SOUSA, *A Discricionariade Administrativa*, cit., p. 156.

<sup>601</sup> Vid. S. DE TOLEDO BARROS, *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, Brasília Jurídica, Brasília, 1996, s/ed., p. 168.

<sup>602</sup> Vid. K. LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, cit., p. 576.



Aunque no desconozca el valor jurídico de estos argumentos, considero que sus raciocinios no son acertados, pues no se atienen a la dogmática del control de los actos administrativos. En ellos no se considera que, cuando la Administración pondera, lo hace teniendo en cuenta distintos bienes, valores o intereses jurídicos que están en una posición de conflicto y que se deben comprobar en la motivación de la decisión. Más que indicar los presupuestos de hecho, el administrador debe justificar el peso atribuido a cada uno de intereses en conflicto. Todos estos elementos pueden ser controlados por el Poder Judicial, lo que, aunque no elimine totalmente la posibilidad de subjetivismo, disminuye considerablemente su ocasión.

Es más, no tienen en cuenta que, en todo procedimiento de planeamiento existe un *iter* mínimo que el planeador debe seguir, por lo que siempre habrá una base para el amplio control. En realidad, una vez establecidos los fines que se pretenden alcanzar con el planeamiento, pertenece a la misma naturaleza del procedimiento que se inicie con la identificación tanto de los intereses relevantes como de las eventuales situaciones de conflicto, para, a continuación, atribuirles un peso y jerarquizarlos, además de identificar cuáles deben prevalecer y en qué medida lo hacen.

Por último, mediante un procedimiento de ponderación en sentido restricto, cabe emitir la decisión, teniendo en cuenta todos los resultados obtenidos en el procedimiento e indicando las razones de la decisión que la conforman<sup>603</sup>. Como fácilmente se puede notar, este *iter* es, por decirlo en términos profanos, más o menos lógico, prácticamente intuitivo y su cumplimiento permite una amplia revisión judicial.

Tanto es así que RODRÍGUEZ DE SANTIAGO advierte que el procedimiento no es solo una manera de racionalizar el ejercicio de la libertad conformadora, sino también de garantizar un adecuado control y, por lo tanto, supone una protección jurídica para el ciudadano<sup>604</sup>.

---

<sup>603</sup> Esta es una adaptación de un esquema propuesto por RODRÍGUEZ DE SANTIAGO (*vid.* J. M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*, *cit.*, p. 35).

<sup>604</sup> *Vid.* J. M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*, *cit.*, p. 35.

Para reforzar esta tesis, no se puede obviar la advertencia de LARENZ acerca de que la ponderación no es un mero sentimiento jurídico, sino, más bien, un proceso racional orientado por principios identificables y que, al ser así, puede ser comprobado<sup>605</sup>, es decir, es capaz de proporcionar suficientes elementos de control. En virtud de ello, no ofrece más riesgos que los que son comunes al ejercicio de las funciones habituales de la Administración Pública, de modo que el problema no es el de ponderar, sino, más bien, el de razonar la ponderación.

Al enlazar tales razonamientos con lo que he destacado en el capítulo precedente, acerca de la moderna dogmática administrativa, afirmo que, de hecho, el principio de la motivación de los actos administrativos resuelve la cuestión. Esto se debe a que existen suficientes elementos para su control, como consecuencia de la obligación de presentar los motivos fácticos y jurídicos que concurrieron en la práctica del acto, así como a la especificación de los parámetros que se utilizaron en la decisión. En el caso que así no sea, resulta incontestablemente arbitraria y jurídicamente rechazable.

Como no podría ser de otra manera, la exigencia de que el juicio que efectúa el planeador esté motivado es suficiente no solo para la legitimación del procedimiento de ponderación, sino, también, para dotar al acto de elementos de control, cuyo proceso en nada se diferencia del control general de los actos administrativos discrecionales.

#### **4. El principal instrumento del planeamiento: el plan urbanístico**

Algunos autores no distinguen el planeamiento del plan, de modo que los mencionan como si fueran sinónimos y olvidan que no siempre la actuación sistemática y racional de la Administración Pública redundará en la formulación de un plan<sup>606</sup>.

---

<sup>605</sup> Vid. K. LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, cit., p. 587.

<sup>606</sup> Vid. S. MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho Administrativo Económico*, La Ley, Madrid, 1988, p. 333. El autor, cuando analiza la relación que se establece entre estos dos conceptos, destaca que la Administración dispone de distintas técnicas para poner en práctica los objetivos de la planificación (principio de la intercambiabilidad de las técnicas administrativas), de forma que ella no se vincula, necesariamente, a un plan. Sin embargo, subraya que la existencia de un plan se deriva, lógicamente, de un planeamiento previo.

No obstante, a mi juicio<sup>607</sup>, el planeamiento debe ser entendido como la actividad mediante la que se formulan diagnósticos, se elaboran pronósticos y se indican los procedimientos y los resultados que deben alcanzarse. A su vez, el plan es el instrumento que da paso a la concreción del planeamiento, que lo hace público y que lo declara de obligatoria observancia para todo el conjunto de sujetos sobre los que incide, determinando los rumbos de la ciudad y las conductas que deben obedecer quienes la integran.

Como he dicho antes, la actividad planeadora es una importante característica de la Administración Pública de nuestro tiempo, y también es posible identificarla con profusión en el contexto urbanístico, donde tal y como advirtió GONZÁLEZ-PÉREZ, la actuación estatal interventora debe basarse en un buen plan y, naturalmente, en otros elementos capaces de concretar sus designios<sup>608</sup>. Esto se debe al hecho de que, hoy por hoy, el plan consiste en un verdadero estatuto en lo que concierne tanto a los derechos de los habitantes de la urbe como a la actuación administrativa de la conformación urbanística<sup>609</sup>.

Asimismo, le compete al plan elegir el trazado de la ciudad y diseñar su forma considerando los valores sociales y económicos de la época en los que se basa<sup>610</sup>, caracterizándose como un elemento de diagnóstico de lo existente y un pronóstico de lo venidero. De él irradia el sistema de organización del uso y de la ocupación del suelo, así como los parámetros para el desarrollo de las políticas públicas que se deben aplicar para conferirle efectividad.

Desde un punto de vista estrictamente jurídico, S. MARTIN-RETORTILLO sugiere un esquema estructural mínimo al que debe responder un plan<sup>611</sup>, a saber: en primer lugar, debe indicar los motivos que lo legitiman, es decir, debe aclarar cuáles son los objetivos que se deben alcanzar. Esto no es solo un primer paso procedimental, sino que también constituye un importante parámetro de actuación para la Administración,

---

<sup>607</sup> Esta convicción no constituye una innovación, puesto que MAURER defiende esto mismo (*vid.* H. MAURER, *Direito Administrativo Geral*, cit., p. 481).

<sup>608</sup> *Vid.* J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Los Planes de Urbanismo*, Publicaciones Abella, cit., p. 37.

<sup>609</sup> *Vid.* M. TRAYTER JIMÉNEZ, *El control del planeamiento urbanístico*, cit., p. 35.

<sup>610</sup> *Vid.* M. CARABBA, *L'Intervento Pubblico per la Sistemazione del Territorio*, cit., p. 37.

<sup>611</sup> *Vid.* S. MARTIN-RETORTILLO, *Derecho Administrativo Económico*, cit., p. 327 a 330.

ya que sirve de elemento de ajuste entre conductas y resultados. A mi juicio, al mismo tiempo consiste en una garantía ciudadana en lo pertinente a la previsibilidad de la conducta administrativa y, no menos importante, en la evaluación de la proporcionalidad de las opciones y medidas administrativas.

El autor también sostiene que el plan debe contener los instrumentos y las conductas capaces de concretar sus designios y de dotarle de operatividad material, jurídica y financiera, con el fin de conferirle efectividad y evitar su fracaso. Más aún, defiende la vinculación negativa de los planes en lo concerniente a lo que es o no es admisible cuando se lleva a la práctica.

Finalmente, señala que, mediante la adopción de un proceso racional y definido, el instrumento del planeamiento debe preparar el desarrollo de la urbe, previendo las conductas futuras que deberán ser llevadas a efecto en aras de evitar actuaciones desconectadas y sin continuidad<sup>612</sup>, algo que entraría en contradicción con su propia esencia, la cual se expresa en la valoración y programación global de una determinada situación.

Este espíritu de la planificación y del plan hace que la existencia de este último, a pesar de que no sea compulsiva, se muestre como una opción recurrente en la Administración, lo que evidentemente refuerza el sistema de garantías de los administrados dado que el plan guía las intervenciones administrativas en la esfera de las libertades individuales, a la vez que condiciona la actividad de los administrados y también de los órganos públicos. En palabras de MARTIN MATEO, en el universo de la ciudad, el plan «es un imperativo insoslayable»<sup>613</sup>.

Históricamente, es posible percibir que, con frecuencia, el plan asume diferentes maneras de ordenación. Inicialmente, consistió en una sencilla representación gráfica de la superficie urbanizada existente<sup>614</sup>, pasando posteriormente a consistir más en un proyecto o programa. En la actualidad, el plan, como ya he mencionado previamente, es el estatuto de la propiedad urbanizada, el baremo de la actividad

---

<sup>612</sup> Vid. S. MARTIN-RETORTILLO, *Derecho Administrativo Económico*, cit., p. 331.

<sup>613</sup> Vid. R. MARTIN MATEO, *Propiedad Urbana y Planificación*, cit., p. 14.

<sup>614</sup> Vid. M. CARABBA, *L'Intervento Pubblico per la Sistematizzazione del Territorio*, cit., p. 93.

administrativa del uso y de la ocupación del suelo y también un importante constituyente de la política económica.

Asimismo, culmina con la idea de la proyección de las circunstancias futuras a partir del establecimiento de un fin a ser alcanzado y con la introducción en su contexto de los instrumentos capaces de hacerlo ejecutable y de adaptarlo a los eventuales cambios en el substrato fáctico que lo origina. Con todo, esta evolución, no es un proceso estanco y finalizado, pues el ámbito de incidencia del plan se amplía permanentemente<sup>615</sup>.

Siempre atento a estas cuestiones, S. MARTIN-RETORTILLO<sup>616</sup> señala que el proceso evolutivo de la noción de plan culminó con la introducción del elemento intencionalidad en su conformación y con la orientación de sus propósitos a la obtención de determinados resultados. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ corrobora esta premisa al resaltar que el plan es un instrumento que prefigura y anticipa el espacio territorial sobre el que incide<sup>617</sup>, es decir, el plan tiene un importante componente de prognosis.

Desde una perspectiva actual, el concepto de plan evoluciona hasta llegar a un punto en el que le acaba por incumbir la definición de las facultades de los propietarios y el medio del que se valdrán para introducir en su ámbito de disponibilidad patrimonial. Establece, pues, tal y como reconoció GARCÍA DE ENTERRÍA, «una conexión del sistema de límites, limitaciones y deberes de la propiedad con la idea de desarrollo ordenado y unitario de la ciudad a que el concepto de plan sirve»<sup>618</sup>.

El planeamiento urbano es una conquista de la sociedad, pues posibilita una mejor ordenación de la convivencia, la racionalización del aprovechamiento de los espacios urbanizados y de los recursos naturales, la expansión ordenada de la ciudad, la

---

<sup>615</sup> Vid. J. R. FERNÁNDEZ TORRES, *El Derecho Urbanístico en España*, en A. E. HUMERO MARTIN, (dir.), J. R. FERNÁNDEZ TORRES (coord.), F. VELA COSSÍO (coord.), *Tratado Técnico-Jurídico de la Edificación y del Urbanismo*, T. IV. Aranzadi Thomson-Reuters, Madrid, 2010, p. 50.

<sup>616</sup> Vid. S. MARTIN-RETORTILLO, *Antecedentes del Concepto de Plan y referencia a la legislación de fomento del siglo XIX*, cit., p. 40.

<sup>617</sup> Vid. T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho Urbanístico*, cit., p. 47.

<sup>618</sup> Vid. J. GONZÁLEZ PEREZ, *Los Planes de Urbanismo*, cit., p. 38.

contención de la ocupación humana y, en *ultima ratio*, la conjugación de distintos intereses sociales con la planificación económica<sup>619</sup>.

A pesar de que como ya he subrayado, la tarea de planear el crecimiento y el desarrollo de las ciudades no es una experiencia tan novedosa, desde un punto de vista jurídico, cobró especial importancia durante los últimos años del siglo XX. Ello se debe a la creciente toma de conciencia por parte de la sociedad en lo que se refiere a la necesidad de preservación medioambiental y de los problemas que se derivan de una explotación urbanística desenfrenada.

En esta última mitad del siglo XX, en muchas ciudades de Occidente era patente la situación de práctico agotamiento del suelo urbanizado, al igual que ocurría con los recursos naturales. Asimismo, tanto la conservación de aquello que de valioso existía como la preparación del espacio urbanizado para las generaciones venideras se volvieron necesidades insoslayables, en las que se encuadraba el deber de preservación de la memoria histórica, artística y cultural de cada urbe.

Más recientemente, en la noción de planeamiento del uso del suelo urbanizado, ha destacado el intento de traspasar la barrera de la simple concepción de la ordenación del uso y de la ocupación del espacio, así como de la programación de su desarrollo desde un punto de vista preponderantemente económico. En este sentido, la orientación del planeamiento se ha enfocado en la compaginación de los múltiples valores sociales con el reto público consistente en promover el bienestar colectivo<sup>620</sup>, la calidad de vida, la integración y el equilibrio social.

De esta manera, se amplían cada vez más los cometidos del plan, pasando a contemplar preocupaciones y determinaciones de índole medio ambiental y consecuentemente, la noción de desarrollo sostenible y de la imprescindible necesidad de controlar el cambio climático ha influenciado distintos ordenamientos jurídicos de todo el mundo.

---

<sup>619</sup> Vid. T. R. FERNÁNDEZ, *Manual de Derecho Urbanístico*, cit., p. 47.

<sup>620</sup> Un ejemplo de ello es la Constitución Brasileña que en su art. 182 establece que el Poder Público debe ejecutar la política de desarrollo urbanístico con el objeto de garantizar el bienestar de sus habitantes.

Tal iniciativa guarda relación con las también crecientes demandas por una configuración del territorio que se acomode mejor a los intereses comunes de la sociedad y, también, por una mínima configuración de justicia social o de equilibrio económico, aspectos que deben ser llevados a la práctica de manera conjunta a la de la preservación del medio ambiente. Este panorama es determinante para que el Estado, que es al que le compete congregar las fuerzas sociales e imponer reglas generales e imparciales, conduzca en la actualidad el inevitable movimiento de desarrollo urbanístico dentro de parámetros racionales.

Hay que advertir en este punto que, cuando se piensa en la ordenación del territorio del tipo de ciudad que la actual generación de ciudadanos demanda, tenemos que hacerlo desde una perspectiva global, es decir, incluyendo todos los ámbitos afectados en cada porción territorial: entre otros muchos, los desarrollos social, turístico, ambiental, económico, sanitario y energético.

Obviamente, esto se debe no solo a las actuales condiciones ambientales, sino también en vista de la nueva conciencia acerca de la necesidad de mejorar las condiciones de vida del planeta y, por tanto, también de las ciudades, con el objeto de posibilitar una buena calidad de vida para las futuras generaciones. Es decir, a causa del compromiso social en boga en la mayor parte de las sociedades occidentales, la preocupación por compaginar desarrollo y medio ambiente cobra cada vez más relieve.

En este sentido, FERNÁNDEZ TORRES advierte que el diálogo y la consecuente compaginación del medio ambiente con la ordenación urbana tienen «el objetivo último de prevenir los impactos ambientales, anticipándose a su producción y racionalizando al mismo tiempo el ejercicio de la potestad de planeamiento desde el punto de vista de la finalidad del desarrollo urbanístico sostenible»<sup>621</sup>.

Evidentemente, si bien es cierto que actualmente el plan urbanístico es el protagonista de la ordenación de la ciudad, tampoco hay que olvidar que, a su vez, la preocupación con la cuestión ambiental ha adquirido relevancia en la noción del

---

<sup>621</sup> Vid. J. R. FERNÁNDEZ TORRES, *La Evaluación Ambiental Estratégica de Planes y Programas Urbanísticos*, Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación, núm. 19, 1.ª ed., Madrid, Aranzadi, 2009, p. 99.

planeamiento urbano y, por lo tanto, de su principal instrumento —el plan—, en vista de que no se puede obviar que toda ocupación urbana presupone una degradación ambiental<sup>622</sup>.

Como ya he abordado anteriormente, la ordenación del espacio urbano consiste en algo más complejo que la simple elección de zonas de consolidación, de contención o de expansión de la ciudad, de sus usos o aprovechamientos, ya que implica el manejo de variables muy diversas<sup>623</sup>, que tienen grados de importancia igualmente distintos.

Dichas variables a menudo están sujetas a transformaciones imprevistas, dentro de un escenario en el que toda la ciudadanía deposita su confianza, especialmente, en la cristalización de las eventuales plusvalías, tras el cumplimiento de todas las obligaciones correspondientes, lo que justifica que se preste atención a las consecuencias jurídicas de este suceso, particularmente, en lo que respecta a la respuesta que el Derecho debe ofrecer ante las nuevas demandas sociales que contrasten con valores socialmente ya consolidados.

Lo primero que se extrae del análisis del protagonismo jurídico de la conformación del espacio urbano, es que el Derecho actúa de dos maneras: por una parte y según CARVALHO PINTO, le cabe al Derecho establecer el ámbito de actuación de los administradores públicos, a quienes les toca implementar la política pública del uso y ocupación del suelo. Por otra parte, también le compete proporcionar los instrumentos para la actuación administrativa, lo que supone más que limitarla<sup>624</sup>.

Al plantear las cosas desde la perspectiva del planeamiento urbano, es evidente, así pues, que el plan asume variopintas funciones. A mi juicio, la más elemental de ellas consiste en el establecimiento del modelo y del diseño de la ciudad. Además, tal y como advierte ALVES CORREIA, le cabe hacer el tan profusamente citado diagnóstico de la realidad de la ciudad, así como la conformación de su territorio

---

<sup>622</sup> Vid. M. CARABBA, *L'Intervento Pubblico per la Sistematizzazione del Territorio*, cit., p. 37

<sup>623</sup> Como es el caso de la estructuración de las necesidades de transporte u hospitalarias, la implantación de actividades comerciales, de ocio, etc.

<sup>624</sup> Vid. E. JARDÍ CASANY, *El planeamiento urbanístico*, cit., p. 255.



mediante el ordenamiento del uso y la ocupación del suelo urbano y la definición de los parámetros urbanísticos<sup>625</sup>.

Es justo a causa de que le toca ordenar el territorio también desde la perspectiva de la explotación privada, por lo que el plan se constituye como un elemento delimitador del Derecho de propiedad, al establecer las facultades urbanísticas, otorgando o denegando el derecho a construir. Además, le corresponde definir los beneficios y las cargas generados por la urbanización y prever los mecanismos de igualación de las distintas situaciones que provoca.

De alguna manera, dichas tareas siempre han formado parte de la noción de planeamiento urbano. Ahora bien, la noción de plan urbanístico ha evolucionado mucho en los últimos tiempos, de manera que como también aclara ALVES CORREIA, la gestión del territorio asume hoy en día un papel preponderante entre las funciones del plan, al establecer las bases de la transformación de la urbe, las competencias y los medios de coordinación y compaginación de las múltiples iniciativas públicas y privadas, dentro de un determinado periodo de tiempo<sup>626</sup>.

Aparte, el planeamiento urbano, para ser pleno y eficiente, no puede prescindir ni del análisis de los datos económicos<sup>627</sup> ni de su impacto en el territorio y en la configuración de la ciudad, sobre todo, con el objeto de establecer fórmulas de corrección de las desigualdades sociales y de promoción del equilibrio territorial y económico que encaucen la ciudad hacia una mejor calidad de vida<sup>628</sup>. Esto la convierte en una vía de doble sentido, pues no es posible olvidar que el urbanismo es un importante factor económico<sup>629</sup>, generador de riquezas aunque también de desigualdades.

---

<sup>625</sup> Vid. F. ALVES CORREIA, *O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade*, cit., p. 185.

<sup>626</sup> Vid. F. ALVES CORREIA, *O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade*, cit., p. 185.

<sup>627</sup> Vid. F. LÓPEZ RAMÓN, *Estudios Jurídicos Sobre Ordenación del Territorio*, cit., p. 60. A su vez, FERNÁNDEZ TORRES llama la atención sobre lo que denominó como creciente interrelación entre las planificaciones física y económica (vid. J. R. FERNÁNDEZ TORRES, *El Derecho Urbanístico en España*, en A. E. HUMERO MARTÍN, *Tratado Técnico-Jurídico de la Edificación y del Urbanismo*, cit. p. 50).

<sup>628</sup> Vid. F. LÓPEZ RAMÓN, *Estudios Jurídicos Sobre Ordenación del Territorio*, cit., pp. 69-73 y 198-199.

<sup>629</sup> Vid. M. CARABBA, *L'Intervento Pubblico per la Sistemazione del Territori*, cit., p. 2.

De aquí que el planeamiento deba ser una tarea en la que predomine la técnica, si bien eso no debe significar el menoscabo de las demandas o de los fenómenos sociales, sobre todo, debido a que incluso la técnica más modélica nunca será capaz de prever todas las variables urbanísticas y todos los impactos que pueda experimentar una ciudad. Asimismo, tal y como señala LÓPEZ RAMÓN, no se debe perder de vista que toda opción técnica conlleva una fuerte dosis de discrecionalidad<sup>630</sup>.

Al mismo tiempo, como modelo de acción<sup>631</sup>, la planificación es una operación que debe congrega al Poder Público y a los ciudadanos en la tarea de definición de los valores<sup>632</sup> sociales, así como del interés general que debe prevalecer. Si bien el impacto del plan en la sociedad supone una intensificación de la participación social en su elaboración<sup>633</sup>, no es menos cierto que sirve como un importante parámetro de control social y jurídico de la actividad estatal urbanística.

En consecuencia, la participación social refuerza el planeamiento como una de las más importantes funciones públicas de la actualidad, pues sirve tanto de fundamento de las opciones públicas como de mecanismo de control de la discrecionalidad de planeamiento al indicar algunas variables que deben ser ponderadas. Ahora bien, insisto en afirmar que, según está configurada y se desarrolla en la práctica, es un mecanismo al que el ciudadano todavía no se ha adaptado, quien, en no raras ocasiones, parte de la noción de que el urbanismo debe plasmar sus expectativas individuales, en detrimento del interés colectivo.

Otro aspecto que considero importante subrayar es que el ejercicio de la función pública urbanística es, ante todo, la conjugación del análisis de la experiencia (praxis) con el intento de responder a las necesidades de la colectividad de manera racional, dejando de lado la espontaneidad y la improvisación. Todo ello con vistas a

---

<sup>630</sup> Vid. F. LÓPEZ RAMÓN, *Estudios Jurídicos Sobre Ordenación del Territorio*, cit., p. 202.

<sup>631</sup> Vid. J. H. KAISER, prefacio, en J. H. KAISER (coord.), G. ARIÑO ORTIZ. y A. GALLEGU ANABITARTE, *Planificación, Estudios Jurídicos y Económicos*, cit., p. XX.

<sup>632</sup> Vid. L. LÓPEZ RODÓ, en J. H. KAISER (coord.), G. ARIÑO ORTIZ. y A. GALLEGU ANABITARTE, *Planificación, Estudios Jurídicos y Económicos*, cit., p. XIII.

<sup>633</sup> Vid. J. M. TRAYTER JIMÉNEZ, *El Control del Planeamiento Urbanístico*, cit., p. 151.

alcanzar un fin específico y sin perder de vista que representa un significativo control de las evoluciones políticas, económicas y sociales<sup>634</sup>.

Como función pública, debe contener mecanismos de adaptación capaces de responder a los cambios en el ámbito en el que opera (por ejemplo, sociales, económicos o medio ambientales)<sup>635</sup>. En efecto, hoy por hoy no se concibe que la ciudad pueda crecer y desarrollarse espontáneamente; ahora bien, la vida en sociedad se caracteriza por sus intensos cambios<sup>636</sup>. Con el fin de acompañar estos cambios y, a la vez, equilibrar el desarrollo urbano, el plan debe anticiparse a los problemas que eventualmente puedan surgir en la urbe durante su desarrollo, inclusive, los que se deriven de sus prescripciones, definiendo de antemano los mecanismos correctores<sup>637</sup>.

Esta tarea cobra especial relieve cuando se aprecia que, justamente por desempeñar la función de programar del futuro de la urbe y de las relaciones sociales que en ella se desarrollan, las eventuales deficiencias del planeamiento pueden proyectarse sobre muchas generaciones<sup>638</sup>.

Por otro lado, su ausencia resulta aún más desastrosa, tal y como he aclarado al inicio de esta investigación, al respecto de la urbanización propia de la ciudad industrial. Ahora bien, esto no es algo que pertenezca solo al pasado, dado que las ocupaciones irregulares del suelo urbanizado o las construcciones acometidas sin un planeamiento previo siguen siendo realidad en muchos países, al igual que subsisten los *slums*, las colmenas y las infraviviendas en extensas áreas de diversas ciudades del mundo.

En estos casos, en los que se carece de todo planeamiento previo, lo que se persigue es una solución improvisada para los problemas residenciales crónicos o, inclusive, la especulación con el fin de obtener rápidos beneficios, pero esto, al fin y al

---

<sup>634</sup> Vid. J. H. KAISER, Prefacio en J. H. KAISER (coord.), G. ARIÑO ORTIZ. y A. GALLEGU ANABITARTE, *Planificación, Estudios Jurídicos y Económicos*, cit., p. XVIII.

<sup>635</sup> Vid. J. H. KAISER, Prefacio en J. H. KAISER (coord.), G. ARIÑO ORTIZ. y A. GALLEGU ANABITARTE, *Planificación, Estudios Jurídicos y Económicos*, cit., p. XIX.

<sup>636</sup> Vid. E. JARDÍ CASANY, *El Planeamiento Urbanístico*, cit., p. 47.

<sup>637</sup> Vid. E. JARDÍ CASANY, *El Planeamiento Urbanístico*, cit., pp. 49 y 271.

<sup>638</sup> Vid. J. L. GONZÁLEZ-BERENGUER, *Teoría y práctica del Planeamiento Urbanístico*, ENAP, Madrid, 1969, 1.ª ed., p. 32.

cabo, implica una indefectible pérdida de calidad de vida en toda la urbe<sup>639</sup>. Dicho escenario demuestra que, aún en los días de hoy, las fuerzas sociales no están preparadas para cuidar por sí solas de las cuestiones urbanas ni tampoco para amortiguar los efectos derivados de la intensa explotación sobre las parcelas del suelo urbano o urbanizable.

En vista de todas estas consideraciones, a mi juicio, la conclusión más acertada es que, aunque esté lejos de verse libre de críticas y de eventuales vicios de finalidad<sup>640</sup>, el planeamiento urbano y su principal instrumento —el plan—representan, sin lugar a dudas, la mejor opción que tiene la Administración Pública para concretar su función de disciplinar urbanísticamente el desarrollo urbano. Esta afirmación no es del todo obvia, tal como podría sugerir una lectura meramente jurídica, ya que no son raras las críticas negativas de sectores de la doctrina urbanística al planeamiento, o bien por autores de corte marxista, u otros de índole conservadora<sup>641</sup>.

Con todo el enfrentamiento de las cuestiones urbanas de manera global y sistémica, a partir tanto de los datos obtenidos por la práctica administrativa como de los originados a partir de la participación ciudadana, se constituye, a mi modo de ver, como el terreno más sólido para una gestión equilibrada del espacio urbanizado. Este equilibrio se viabiliza mediante el deber inherente a la actividad planeada de compaginar los intereses públicos y privados vinculados a la urbe. Finalmente, también se garantiza por su faceta prospectiva y por el efecto disciplinario de las conductas públicas y privadas. Todo ello con la garantía de que el Derecho está cada día más habilitado para fiscalizar dicha actividad, conforme aclararé más adelante.

---

<sup>639</sup> Vid. J. L. GONZÁLEZ-BERENGUER, *Teoría y práctica del Planeamiento Urbanístico*, cit., p. 32.

<sup>640</sup> Evidentemente, los vicios en la actuación administrativa no son exclusivos de la función urbanística y pueden ser corregidos por medio de los mecanismos usuales, a pesar de que se trata de un ejercicio altamente discrecional, tal y como desarrollaré adelante.

<sup>641</sup> De hecho, son ejemplos clásicos de ello las teorías de CASTELLS, HARVEY y LEFEBVRE en el sentido de que entre los planificadores prevalece el pensamiento conservador, según recuerda LOPES DE SOUZA (vid. M. LOPES DE SOUZA, *Mudar a Cidade. Uma Introdução Crítica ao Planeamento e à Gestão Urbanos*, Bertrand Brasil, 2002, s/ed., p. 26-28).

## CAPÍTULO II

### EL URBANISMO COMO FUNCIÓN PÚBLICA

#### 1. Algunos problemas del urbanismo moderno

Aun cuando la doctrina reconozca el esfuerzo de los urbanistas por consolidar las técnicas urbanísticas, ALOMAR STEVE afirma que, generalmente, el planeamiento y la construcción de ciudades en los dos últimos siglos, no se han basado en principios fundamentales y tampoco han establecido el objetivo final que se debería alcanzar, carencias que, según afirma, provocan un estado de desorientación<sup>642</sup>.

Desde un punto de vista estrictamente jurídico, el coste derivado de la desorientación de los urbanistas respecto a los fines a ser cumplidos por el planeamiento urbano, sin olvidar tampoco todos sus costes sociales, se ve agravado debido a que cuando el Derecho público opera sin un propósito firme que cumplir, se convierte en un conjunto abstracto e incomprensible que solo logra el rechazo de los administrados.

Ahora bien, al enfocar mi análisis únicamente en el referencial jurídico, mi conclusión es que la discusión no debe versar sobre los fines que se deben alcanzar, dado que puedo afirmar sin temor a equivocarme, que todos los propósitos de la actuación jurídico-urbanística están fijados por la legislación e, inclusive, por la Constitución.

De ahí que hoy por hoy, el establecimiento de los propósitos de la urbanización consista en gran medida en llevar a cabo un ejercicio de hermenéutica constitucional, tal y como tendré la oportunidad de aclarar más adelante.

Por esta razón, creo que hoy en día es difícil que el Derecho pueda servir como fundamento a la idea de algunos urbanistas referente a la posibilidad de prescindir del planeamiento, pues este representa unos de los más significativos modos de actuación de la Administración Pública en el presente. A modo de ejemplo, en Brasil es

---

<sup>642</sup> Vid. G. ALOMAR ESTEVE, *Teoría de la Ciudad. Ideas fundamentales para un urbanismo humanista*, cit., p. 97.

el propio orden constitucional el que se encarga de establecerlo como un medio de actuación del Estado, en aras de la ordenación de la utilización del espacio urbano.

A pesar de todos los aspectos positivos que he subrayado hasta el momento, el planeamiento urbano no solo no se ve libre de las críticas que se vierten contra todo planeamiento en general, principalmente, a causa de sus contradicciones internas, sino que es objeto de otras más específicas. Desde el propio campo de la doctrina surgen importantes comentarios, como, por ejemplo, el que hacen ARCHER y GIARD, para quienes en la actualidad, el urbanismo, y por ende el planeamiento urbano, están muy influenciados por una equivocada política de búsqueda de un fácil enriquecimiento que se olvida de, simplemente, mirar por el ser humano<sup>643</sup>.

De la misma manera, hay quienes expresan que, en muchos casos, el planeamiento representa una mera sistematización de buenos deseos o intenciones desprovista por completo de operatividad, de modo que acaba por reflejar «más un desiderátum que un efectivo logro»<sup>644</sup>.

Acerca de este tema, LÓPEZ RAMÓN advierte que, muchas veces, el urbanismo estatal no se cumple a la perfección debido a su fuerte carácter utópico. De acuerdo con este mismo autor, la utopía también nace de «[...]la idea de que el Poder Público tiene la capacidad y el deber de asegurar la felicidad de sus individuos, estableciendo el correspondiente modelo de desenvolvimiento espacial y controlando para su logro cuantas actividades son susceptibles de producirse. El utopismo de la ordenación del territorio se traduce, pues, en el establecimiento de formas de control de la vitalidad social en aras a la obtención del bien común»<sup>645</sup>.

Finalmente, también tiene similar importancia el hecho de que la mejor doctrina señala que, dependiendo de cómo se plantee, el planeamiento puede favorecer

---

<sup>643</sup> Vid. F. ASCHER Y J. GIARD, *O Urbanismo e a Política*, cit., p. 121, 122 y 248.

<sup>644</sup> Vid. R. MARTIN MATEO, *Propiedad urbanística y planificación*, RDU, año III, n.º 15, p. 13-26., p. 14. También, en este sentido (vid. J.F. GARNER et al, *Derecho de la planificación territorial en la Europa Occidental*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1976, p. 16-17).

<sup>645</sup> Vid. F. LÓPEZ RAMÓN, *Estudios jurídicos sobre la ordenación del territorio*, cit., p. 201.

desigualdades en el tratamiento de las distintas fracciones de suelo que contempla, sobre todo cuando define el tipo de aprovechamiento del suelo y las facultades urbanísticas<sup>646</sup>.

## **2. El urbanismo como función pública: la potestad de planeamiento urbanístico**

*Función* es un término que tiene diferentes acepciones, inclusive, cuando nos circunscribimos a un ámbito estrictamente jurídico. No ocurre de manera diferente en la esfera del Derecho público, ya que puede referirse a cualquiera de las imprescindibles y necesarias tareas desempeñadas por el Estado para la satisfacción de las demandas sociales, así como también a las acciones o actividades estatales ejercidas con exclusividad por la Administración Pública y dotadas de la autoridad que le es peculiar<sup>647</sup>.

En el campo del urbanismo, la naturaleza pública de la función se debe al hecho de que le compete al Estado la definición de las opciones urbanísticas fundamentales a partir de los instrumentos de los que dispone, en pro de un uso racional del suelo. De la misma forma, también le cabe la aprobación de las peticiones de índole privada para la alteración del medio ambiente urbano, la emisión de licencias, así como lo que, personalmente, considero más importante: la regulación de toda suerte de utilización del espacio de la ciudad.

A mi juicio, el planteamiento del proceso de urbanización puesto de manifiesto al inicio de esta investigación legitima la exclusiva atribución al Estado de la función pública del planeamiento del uso y de la ocupación del suelo de la ciudad. Ello es así porque, en este particular, actúa como el gran gestor de los intereses sociales, ambientales, económicos y culturales, entre otros tantos que gravitan en la urbe.

Asimismo, también ha quedado demostrado que no es posible dejar que la ciudad tome exclusivamente los derroteros determinados por cada una de las categorías sociales que en ella operan, debido no solo a que los múltiples intereses que se

---

<sup>646</sup> Vid. J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Los planes urbanísticos*, cit., p. 211.

<sup>647</sup> Vid. S. CASSESE, *Las Bases del Derecho Administrativo*, cit., p. 103.

manifiestan suelen ser incompatibles entre sí, sino que incluso llegan a entrar en conflicto. Además y por encima de todo, porque el proceso urbano debe tener una gestión global, imparcial y prospectiva.

En este contexto, para mí es obvio que el Estado tiene el deber de desempeñar este papel con el afán de equilibrar las fuerzas que prevalecen en el seno de la urbe, de la misma manera que de él se espera que acometa, con una perspectiva global, el examen y tratamiento imparcial de las demandas, intereses y reclamaciones sociales, lo que le habilita para definir las prioridades. En añadidura, le compete elaborar, efectuar la gestión y ejecutar el planeamiento asignándole prioridad, con vistas a alcanzar el mejor interés público y el equilibrio en el uso y la ocupación del espacio urbanizado.

Igualmente, también le compete, el relevante control de las actividades de los entes sociales, sobre todo el de la edificación, y propiciar el ejercicio de los derechos subjetivos públicos de manera coordinada, de forma que se garantice, tanto como sea posible, la prevalencia del bien común.

Como es obvio, el protagonismo del Poder Público en la función del planeamiento urbano no debe dejar de lado la intervención o la participación de entes privados en la gestión de la urbe. En efecto, al estar el plan destinado a servir como elemento rector del desarrollo urbano, el Estado, en el desempeño de la función pública de ordenación del uso del suelo, debe tener conocimiento de las demandas de los ciudadanos, de las organizaciones privadas y del mercado.

Dichas demandas pueden contribuir a la formación de la voluntad pública manifestada en el planeamiento, aunque el proceso de configuración urbana, así como las decisiones urbanísticas fundamentales y la configuración de las políticas, son tareas eminentemente públicas, cabiéndole al Poder Público su elaboración, su dirección y el fomento de su ejecución<sup>648</sup>. Más aún: la compaginación de los distintos intereses

---

<sup>648</sup> Reconozco que hay quien discrepa de esta premisa mediante la defensa de que el urbanismo no es por completo una función pública. Este es el caso de PARDO ÁLVAREZ, quien sostiene que, en vez de la función, la que es efectivamente pública es la ordenación (*vid.* M. PARDO ÁLVAREZ, *La potestad de planeamiento urbanístico*, Marcial Pons, Cizur Menor, 2005, p. 101 y 103). Para rebatir este argumento y apoyándome en lo expuesto al comienzo de este trabajo, pienso que el urbanismo, considerado en su



manifestados, por ejemplo, en las audiencias públicas tiene que guiarse por una finalidad de interés público.

La necesidad de participación de todos los componentes sociales en la elaboración de la política de planeamiento se debe al ámbito de incidencia que conlleva: afecta a bienes jurídicos tan importantes como conflictivos, entre los que se encuentran, por ejemplo, la propiedad privada, la libre iniciativa o la generación de renta.

También repercute en la manera como se tratan ciertas garantías constitucionales, entre otras, la de la libertad, la de la igualdad y la de la libertad de empresa, las cuales se trasladan a los principios del Derecho urbanístico de la igualdad de tratamiento de situaciones urbanísticas análogas, de la distribución equitativa de beneficios y cargas de la urbanización y, por último, del desarrollo sostenible.

Tal participación de los entes privados en la gestión del uso del suelo urbano no debe limitarse a la fase elaboración del plan, también debe ocurrir durante la fase de ejecución, por medio de contratos firmados entre el Poder Público y particulares para la concreción de las prescripciones del plan.

Al retomar al tema del carácter público de la ordenación de la ciudad y con el propósito de reforzar la tesis de su pertinencia, es importante recordar que la ordenación urbana afecta a los intereses de todos los entes sociales y el tratamiento que concede a los mismos es, en no pocas ocasiones, marcadamente desigual. En el plan es esencial establecer diferentes medios de explotación de las fracciones del suelo urbano por los titulares de derechos o de intereses sobre el mismo, en combinación con la explotación de los recursos ambientales disponibles y del respeto al patrimonio histórico o artístico que eventualmente exista.

En contrapartida, también es esencial el establecimiento de mecanismos de superación de las desigualdades, de su corrección o mitigación y, también, de su

---

totalidad, sí que es una función pública por la sencilla razón de que es al Estado al que le cabe, con exclusividad, la definición de las políticas públicas de uso y ocupación del suelo, sin perjuicio de que haya participación de los sujetos privados en su conformación y en su ejecución. En este sentido, importa considerar que los privados no promueven la urbanización, simplemente participan en ella, tal y como define VAQUER CABALLERÍA (*vid.* M. VAQUER CABALLERÍA, *Constitución, Ley del Suelo y Ordenamiento Territorial, El nuevo régimen del suelo, cit.*, p. 92).

adecuación a la tarea de promover el desarrollo sostenible. Precisamente a causa de su naturaleza y, sobre todo, tras recordar que el interés privado generalmente reserva para sí las mejores estrategias de utilización de los bienes, estos no son temas que deban quedar al arbitrio de los particulares, dado que ello comprometería lo que hay de fundamental en el planeamiento urbano: (1) la superación de los conflictos de interés, que se acentuarían aún más en el caso que la ordenación fuera una función privada, y (2) la tentativa de equilibrio en el tratamiento de todas las situaciones jurídicas a las que se refiere la ordenación.

Dicho sea de otro modo, la planificación impone, necesariamente, situaciones de beneficios y cargas y, por consiguiente, la necesidad de una justa ponderación y reparto de los mismos entre los titulares de los derechos afectados por el plan, con el fin de superar los conflictos de interés que eventualmente se produzcan en el territorio urbano.

Este ejercicio de acomodación de las demandas públicas y privadas contrapuestas que están contenidas en el plan, es un deber del Estado. A él le corresponde gestionar la ordenación del territorio y la disposición del suelo a partir de las informaciones recogidas junto a la comunidad durante el proceso de conformación de los planes. Esto hace posible que los ciudadanos tengan voz en el proceso de formación del plan y el Poder público, a su vez, se vea impelido a cumplir con el deber de la justa ponderación de los diferentes intereses defendidos por dichos ciudadanos.

Es importante destacar que el papel del Estado en la ordenación del suelo asume todavía más relevancia si se tienen en consideración los abusos cometidos en no raras ocasiones por los titulares del suelo urbano, en su afán por obtener del mismo el máximo provecho. Además, es manifiesto que la utilización inadecuada del suelo urbano no es un fenómeno reciente, sino muy al contrario. En las ciudades brasileñas, por ejemplo, jamás han sido raros los casos de parcelación irregular del suelo, de inobservancia de los usos permitidos, de edificación en desacuerdo con la legislación o de prácticas predatorias de ocupación del espacio urbano.

Asimismo, importa destacar que el urbanismo es uno de los elementos que concretan la función social de la ciudad (asociada virtualmente a la idea de desarrollo

sostenible y solidaridad social), así como, a mi juicio, de la función social de la propiedad.

Al profundizar más en este tema, hay que tener en consideración que es el Estado el que disfruta de la exclusiva legitimidad para crear, imponer obligaciones y facultar beneficios a los ciudadanos, sin la necesidad de un instrumento contractual que establezca un vínculo, y ello es así por el hecho de ser titular de la potestad de ordenación cuando ejerce su papel de creador de derechos y obligaciones de carácter general.

Es necesario que el enorme dinamismo de la multitud de intereses y piezas que conviven en la ciudad sean articuladas por un órgano que: (1) sea ajeno a esos intereses y conveniencias meramente privados; (2) tenga un conocimiento general de esos intereses; (3) esté vinculado a ellos por un deber de acción que trascienda el deber general de la buena fe al que todos, de manera indiscriminada, estamos sometidos.

Consiguientemente, la naturaleza pública del órgano articulador de la política de ordenación del suelo urbano, ya sea para la conformación de la planificación, o para la imposición de estrategias de acción sectoriales, es una situación que cabe naturalmente en el cuadro jurídico-fáctico. Inclusive, debido a que es inconcebible que la dirección del plan que afecta a determinados intereses, esté a cargo del mismo que puede obtener un beneficio directo del mismo, en cuyo caso, se correría el riesgo de que hubiera falta de neutralidad.

A pesar de como ya he subrayado, la propia naturaleza del urbanismo y, por lo tanto, de sus instrumentos de actuación, determina que se constituya como una función pública, el legislador se arrogó para sí tanto en España como en Brasil, el deber de juridificar este axioma con el fin de que no hubiera dudas al respecto. A decir verdad, en España, el urbanismo es una función pública reconocida expresamente como tal en la Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956, instrumento jurídico que se identifica como el punto de partida de la cultura urbanística común existente hoy día en España, con lo que, tal función asumió una naturaleza pública indeclinable, según afirma FERNÁNDEZ.

En su momento, en Brasil, la Constitución impuso la ordenación urbana como deber del Estado en su art. 182, *caput*, de modo que en el mismo, toda la estrategia de la acción estatal y privada queda vinculada al cumplimiento de la función social de la propiedad y al desarrollo sostenible, tema que abordaré más adelante.

Al respecto de ese tema, es preciso que quede claro que el Estado, al asumir la función de la ordenación territorial, también se hace cargo de la dirección de todo el proceso asociado, en el que se incluyen las directrices por él trazadas, garantizando la participación ciudadana en su tramitación, con los objetivos de: (1) privilegiar el desarrollo urbano en consonancia con el interés público y, por lo tanto, de hacer prevalecer la función social de la propiedad; (2) distribuir equitativamente los beneficios y cargas recogidos por la planificación; (3) intentar superar o, al menos, reducir, los conflictos de intereses en todas las esferas, (4) establecer el derecho de construir, que es el máximo exponente del contenido económico del dominio, derecho este sobre el que se puede afirmar sin temor a exagerar, que inciden tanto los principales intereses de los administrados como las principales disputas y, por último, (5) promover el equilibrio económico .

Más aún, al detallar la anterior concepción y ajustarla a los conceptos de ocupación territorial consagrados por los más modernos ordenamientos jurídicos del sistema romano-germánico e incluso por la Unión Europea, se concluye que en la elaboración y ejecución del planeamiento urbano, hacer prevalecer el desarrollo social y medioambiental sostenible, a partir de una concepción integrada de todas las actividades que en su ámbito se desarrollan, constituye una tarea estatal.

Por otro lado, el mantenimiento de este importante papel social en las manos del Estado está justificado, máxime si consideramos que las opciones fundamentales de los privados sobre el uso de la propiedad repercuten no solo en su esfera de intereses, sino que afectan, en la misma medida, a los intereses de toda la comunidad y a la configuración de la ciudad, entendida esta última en sus más diversos aspectos: dimensión, organización espacial, desarrollo estratégico, sanidad, seguridad, ubicación de los equipamientos urbanos, opciones arquitectónicas y de estilo, por citar algunos de ellos.

Al llegar a este punto, también hay que considerar que, además de acentuar el papel ordenador del espacio urbano por parte del Poder público, la naturaleza pública del urbanismo es determinante en su constante tarea de actuar con el fin de conocer los cambios por los que pasan las demandas sociales. Todo ello con el propósito de adecuarlas a los fines de la ciudad establecidos en el plan y programar el desarrollo de la forma más sostenible posible, así como las eventuales modificaciones en la planificación que sean necesarias, a partir de juicios permanentes de diagnóstico y de pronóstico.

Es por este motivo por el que cabe señalar que, en algunos países, la tarea de ordenación urbana es concebida como un poder-deber que no puede ser arrebatado al Estado, sobre todo, a la Administración Pública local. Esto implica una doble garantía, pues si bien implica el deber jurídico del particular de someter su propiedad y las actividades desarrolladas en el perímetro urbano a la legislación urbanística, de modo análogo, impone al Estado el deber de elaborar el planeamiento urbano, imponérselo a los particulares y exigirles que lo cumplan de manera que haya garantía de la función social de la propiedad.

Si tomamos como punto de partida esta circunstancia, la ordenación urbana asume un carácter doblemente importante, pues delimita el contenido del Derecho de propiedad de los particulares pero, en la misma medida, les otorga los beneficios de residir en una ciudad planeada y, quizá, sostenible, con sus preceptos consagrados en la figura de un plan urbanístico que, en cuanto instrumento base de la ordenación urbana, regula todas las conductas públicas y privadas concebidas para un determinado territorio.

Al mismo tiempo, vistas las cosas desde otro prisma, es posible concluir que la naturaleza pública del urbanismo legitima la función sancionadora de la administración urbanística ante los casos de infracciones a las normas o de abusos del derecho por los administrados, obligándolos, además, a adecuar la situación a la legalidad urbanística.

Inclusive, esto es así porque de nada serviría establecer una ordenación urbanística, realizar estudios de viabilidad técnica, fijar conductas, imponer condiciones

y conceder instrumentos de control a la Administración Pública, si ella no pudiese imponer la reversión de las conductas ilegales y exigir su adecuación al ordenamiento en vigor.

Esto sin contar con que, en el caso específico de Brasil, el ajuste de las conductas a la legalidad urbanística implica el cumplimiento de la función social de la propiedad. Es decir, actualmente, la disciplina urbanística<sup>649</sup>, así como los demás instrumentos de acción de la ordenación del territorio, también tiene como fundamento jurídico la función social de la propiedad. Esto se debe a que el art. 182 CF establece que la propiedad cumple su función social cuando obedece a las prescripciones de las normas urbanísticas; por lo que los eventuales incumplimientos son considerados infracciones a la función social y generan las correspondientes sanciones.

Esta perspectiva se aleja del paradigma vigente hasta tiempos recientes, en virtud del que cualquier acción estatal de corrección de las conductas que impactasen en la ordenación urbanística tenía siempre su fundamento en el poder de policía, de modo que su finalidad consistía, simplemente, en el mantenimiento del orden público.

Inclusive, esto supone un cambio del modelo de fundamento jurídico de la acción estatal de ajuste a la legalidad, ya que la desplaza desde el *locus* del aparato represivo-sancionador estatal, para pasar a emplazarla ahora, en el desempeño de su función pública de establecimiento de la ordenación urbana. Esta se enfoca en garantizar que el ejercicio de los derechos dominicales cumple con una función que contribuye a la creación del bienestar colectivo.

Por todas las razones hasta aquí expuestas, es fácil verificar que el sistema ha pasado de constituir una noción del ejercicio de un poder privado sobre la propiedad, a otro diferente, el de la potestad pública de delimitación de su contenido. Esto significa el reconocimiento de la prevalencia del interés público sobre la libre determinación del particular, por lo que el Estado cuenta con el argumento de la mejor compaginación de

---

<sup>649</sup> Utilizo el termo disciplina urbanística refiriéndome al «conjunto de medidas tendentes a mantener y, en su caso, a restaurar la legalidad urbanística» (vid. A. CARCELLER FERNÁNDEZ, *Manual de Disciplina Urbanística*, Tecnos, 1983, p. 19).

todos los tipos de intereses sociales vinculados directamente con el principio de la solidaridad.

En pocas palabras: el urbanismo es una función pública porque está orientado al cumplimiento y defensa del interés general en su más amplia expresión, así como a la compaginación de los intereses de las múltiples fuerzas sociales que se manifiestan en la urbe, en el intento de avanzar hacia la noción de un desarrollo más justo y equilibrado.

### **3. Los efectos jurídicos del planeamiento y de las normas urbanísticas**

Tal y como he aducido hasta este momento, el destino de las normas urbanísticas es, de forma muy sencilla, el diseño del modelo de ciudad, la clasificación del suelo y el ordenamiento de su utilización. Asimismo, a ellas les corresponde tanto la atribución del derecho de construir como la promoción de la justa distribución de los beneficios y cargas que ellas mismas imponen.

Consiguientemente, también les compete fijar los principios, instrumentos y medios de ejecución de las políticas públicas urbanísticas, lo que hace que tengan efecto en todas las actividades públicas y privadas que suelen tener lugar en la ciudad, desde la construcción o reforma de una sencilla vivienda, hasta las actividades comerciales e industriales, además de lo relativo a los servicios y equipamientos públicos.

Lo que a primera vista puede parecer una fórmula sencilla, tras ser sometida a un análisis detallado, pasa a mostrarse como un problema jurídico de la mayor importancia: el ámbito de incidencia de las disposiciones normativas de índole urbanística es muy amplio. Ellas afectan a los más variados intereses, los cuales no siempre logran convivir en armonía, sino que, por el contrario, entran en conflicto con regularidad, ya sea en el ámbito del eterno choque entre lo público y lo privado, en el de la esfera de lo estrictamente privado o, incluso en no pocas ocasiones, en el exclusivo dominio de los múltiples intereses administrativos.

Desde esta perspectiva, es necesario considerar que el planeamiento urbano afecta directamente al Derecho de propiedad, a la libertad individual y de mercado, al desarrollo económico, a la preservación cultural, al medio ambiente, a las estructuras sociales básicas y a un sinnúmero de relaciones tanto privadas como públicas.

Esto me lleva a afirmar con seguridad que los planes y las normas urbanísticas tienen el importante efecto jurídico de atribuir las facultades urbanísticas de cada parcela de suelo de la ciudad (urbanizada, urbanizable o *non aedificandi*). El sistema de atribución creado por cada plan también se expresa por medio del establecimiento del *zoning* y de la definición cualitativa del suelo<sup>650</sup>. La premisa de que el principal efecto del plan es la atribución queda confirmada si consideramos que el planeamiento confiere al propietario el derecho de construir. Asimismo, también se corrobora al tomar en consideración que una de las más importantes funciones del plan es establecer el diseño urbano<sup>651</sup>.

No obstante, a mi juicio, el efecto atributivo del plan se manifiesta de forma aún más contundente en el ámbito de incidencia de la norma urbanística por antonomasia: el Derecho de propiedad. Sobre este soporte fáctico recaen los planteamientos de la función estatal planeadora tanto en lo concerniente a su propia delimitación como en lo referente a las facultades que le son inherentes. En resumen, no queda duda acerca de que la función atributiva del plan cobra protagonismo.

#### **4. El carácter atributivo de las normas de planeamiento urbanístico**

Como he destacado anteriormente, el Derecho de propiedad en nuestro tiempo ocupa una posición muy destacada. En cualquiera de las representaciones que asume, ya sea como reserva de capital, símbolo de poder, objeto de herencia, elemento central del mercado etc., la propiedad inmobiliaria urbana representa hoy por hoy un importante eje operativo de las relaciones sociales y jurídicas.

---

<sup>650</sup> Vid. M. CARABBA, *L'Intervento Pubblico per la sistemazione del territorio*, cit., p. 36-37.

<sup>651</sup> Vid. M. CARABBA, *L'Intervento Pubblico per la sistemazione del territorio*, cit., p. 37.



Empero, conforme he mencionado anteriormente, aunque el fundamento del Derecho de propiedad tenga rango constitucional, son las leyes *infraconstitucionales* las que lo delimitan y conforman, de modo que constituye un verdadero derecho estatutario, es decir, con contenido y facultades no definidos en sí mismo, sino por un estatuto jurídico ajeno<sup>652</sup>.

Al trasladar este discernimiento al Derecho urbanístico, lo que queda claro es que los atributos jurídicos, vistos desde la óptica de la ordenación del territorio y del uso del suelo, son concretados por el plan urbanístico para cada fracción del espacio urbano<sup>653</sup>. Esto ocurre por el hecho de que el plan se encarga de clasificar y calificar el suelo, controlar su parcelación, definir los usos y actividades permitidas, el aprovechamiento y todas las demás peculiaridades del modelo establecido.

Tal poder de la Administración Pública adapta el ejercicio del Derecho de propiedad al modelo de ciudad consagrado por la ordenación urbana, lo cual posibilita el bienestar de la colectividad. De este modo, el plan urbanístico se convirtió en una pieza jurídica fundamental en la ordenación del territorio, y más específicamente, se consagró como su pieza nuclear<sup>654</sup>.

El plan urbanístico asume, pues, la especial función de conformación del Derecho de propiedad, al dictar las facultades urbanísticas que los propietarios pueden ejercer en una determinada fracción del territorio urbano, algo que revela que la norma jurídica es una norma de atribución.

Tras conjugar todos los factores expuestos hasta ahora, hay que concluir que la función social reforzó la importancia de la ordenación del espacio urbano, del uso racional y responsable del suelo y de la preservación ambiental e histórico-cultural. En consecuencia, intentó dotar a la propiedad tanto de un cariz de mayor compromiso con el desarrollo sostenible como de un carácter menos explotador-especulativo. Por último,

---

<sup>652</sup> El Derecho de propiedad está garantizado por la Constitución Española en su art. 33.1 y 2, perteneciente a la Sección 2, titulada *De los derechos y deberes de los ciudadanos*. En Brasil, con un cariz aún más garantista, el Derecho de Propiedad está inscrito en el Título II – *De los Derechos y Garantías Fundamentales* – Capítulo I – *De los Derechos y Deberes Individuales y Colectivos*, art. 5.22 y 5.23.

<sup>653</sup> Vid. T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho Urbanístico*, cit., p. 47.

<sup>654</sup> Vid. H. J. WOLFF, O. BACHOF, R. STÖBER, *Direito Administrativo*, cit., p. 587.

transformó aspectos de la ciudad y del dominio y, al así proceder, repercutió directamente en el derecho de edificar y de transformar el territorio urbano.

Así pues, justamente a causa de que, en la actualidad, el objetivo de la Administración Pública en la conformación del suelo debe ser el de proporcionar mejoras en la calidad de la vida urbana, así como el de planear su utilización ordenada, me parece aún más claro que su disciplina no debe restringirse a cuestiones relativas a la acomodación de la coexistencia del mismo tipo de derechos para diferentes titulares, tal y como sucedía con los primeros ordenamientos posrevolucionarios sobre la propiedad.

En efecto, en el tema de la ordenación urbana, la experiencia práctica preponderante explicita que, más allá de la simple acomodación de los usos y ocupación del suelo, es necesario tratar la ciudad sistemática, metódica e integralmente, compaginando los más distintos intereses y valores sociales con el interés colectivo.

Desde esta perspectiva, la gestión urbanística del suelo urbano necesita establecer unas firmes bases para el desarrollo de la ciudad<sup>655</sup>, pues tanto la normal actividad de los ciudadanos como la forma en la que utilizan la parcela del suelo urbano que les toca, repercute en todos los aspectos de la ordenación urbana.

Esto se hace patente bien sea mediante la implicación de un mayor uso de los equipamientos urbanos y de los servicios públicos, o mediante el impacto en el medio ambiente urbano desde un punto de vista estético, funcional o, inclusive, de salubridad. Todos estos aspectos del uso de la propiedad, regular o no, afectan directamente a toda la colectividad.

Con el fin de acomodar la indefectible discrepancia de intereses, el Derecho urbanístico pone a disposición de la Administración Pública instrumentos capaces de recomponer el interés público ante a las acciones privadas, así como de proporcionar una mínima garantía para la superación de los conflictos de interés. Por lo tanto, al

---

<sup>655</sup> La acción pública en este contexto incluye la opción por un modelo de ciudad y, a partir del mismo, la fijación de su trazado, la indicación de las zonas de expansión y de contención para la ocupación del territorio, la reserva de espacios estratégicos para futuros desarrollos o para la conservación de zonas verdes, y, de esta manera, la compatibilización de la garantía constitucional de la propiedad con el interés público vinculado al desarrollo sostenible y a la preservación del medio ambiente.

elaborar los planes urbanísticos, le cabe al Estado el establecimiento de formas de reparto equitativo de los beneficios y cargas derivados de la urbanización, por medio de cualquiera de los instrumentos de la política urbana.

Es pertinente en este punto recordar que, tal y como señala ALVES CORREIA<sup>656</sup>, el fundamento jurídico de esta forma de tratamiento de las situaciones urbanas por parte del Estado, tiene un carácter más constitucional que urbanístico: el principio de igualdad. Esto es así, sobre todo porque se refiere a la propiedad privada y, en palabras DE FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «[...] como derecho fundamental que es, parece reclamar una regulación general capaz de asegurar a todos los españoles la igualdad en cuanto al ejercicio del mismo»<sup>657</sup>.

Como forma de concretar este principio, urge que el Poder Público establezca mecanismos en los estudios previos al plan que, al menos en principio, sean capaces de corregir las desigualdades en el tratamiento a los propietarios generadas por la planificación<sup>658</sup>: bien sea en lo referente a las medidas que importen sacrificios, o a las que concedan beneficios (un caso típico es el de la fijación de un uso de mayor rentabilidad).

Es decir, la igualdad ante las cargas públicas es una de las muchas expresiones del principio de la igualdad, lo que determina que los ciudadanos deban compartir igualmente los beneficios y cargas generados por el plan urbanístico de manera que, en el caso que se produzca un sacrificio especial de un ciudadano o de un grupo de ellos, debe haber, necesariamente, una indemnización o compensación por dicho sacrificio<sup>659</sup>, incluso cuando esto ocurra durante la fase de ejecución del planeamiento.

Esta división de las cargas, a mi juicio, cuando es bien entendida por la colectividad, es la que promueve la justa composición de los intereses privados asociados al fenómeno de la urbanización, de forma que consigue una mínima

---

<sup>656</sup> Vid. F. ALVES CORREIA, *Manual de Direito do Urbanismo*, cit., p.479.

<sup>657</sup> Vid. T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho Urbanístico*, cit., p. 37.

<sup>658</sup> Vid. F. ALVES CORREIA, *Manual de Direito do Urbanismo*, cit. p. 479.

<sup>659</sup> Vid. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit. p.421.

conformación del pretendido equilibrio social. Para ello y como antes he referido, los planes<sup>660</sup> deben establecer instrumentos directos o indirectos<sup>661</sup> de distribución equitativa de beneficios y cargas, de la manera más adecuada para posibilitar el cumplimiento de las directrices referentes a la ocupación de determinado suelo, las cuales deben tener como norte el principio de la eficiencia en la ocupación del suelo.

Urbanismo y propiedad, como se puede concluir sin mayor dificultad, mantienen una íntima conexión pues, tal y como reconoce PAREJO ALFONSO, existe un interés individual por el pleno aprovechamiento del potencial económico de la propiedad en constante tensión con el interés general consistente en el desarrollo equilibrado de la ciudad<sup>662</sup>. De todos modos, la convivencia entre ellos no es apacible, pues de todos son bien conocidas las limitaciones del espacio urbano, las crecientes demandas sociales de intensificación del uso y la disputa entre los intereses privados y públicos<sup>663</sup>.

Las apreciaciones que he realizado hasta este punto sirven para demostrar que la organización de la urbe es una tarea bastante compleja y demanda reflexiones de tal importancia que traspasan el universo de cada municipio. En virtud de ello, el legislador en España previó distintos planes con el fin de atender los igualmente distintos niveles de aplicación y de intereses afectados por la ordenación urbanística.

En este punto, hay que recordar que la investigación de la complejidad competencial relativa a cada plan no es objeto de ese trabajo, de la misma forma que tampoco se va a acometer el examen ni de su naturaleza jurídica ni de su ámbito de incidencia.

---

<sup>660</sup> Ello realza la tarea del administrador público, la cual adquiere especial relieve debido a que necesita conocer bien los principios que inspiran el urbanismo (reserva del plan, especificidad de cada plan, atribución, superación de los conflictos, participación popular), así como elegir los mecanismos de equidistribución capaces de dotarles de operatividad e impedir que se conviertan en letra muerta.

<sup>661</sup> Vid. F. ALVES CORREIA, *Manual de Direito do Urbanismo*, cit., p. 484.

<sup>662</sup> Vid. L. PAREJO ALFONSO, *Derecho Urbanístico. Instituciones básicas*, cit., p. 73.

<sup>663</sup> Vid. H. J. WOLFF, O. BACHOF, R. STÖBER, *Direito Administrativo*, cit., p. 587.

A mi juicio, lo que es necesario resaltar es que, a pesar de que los diferentes tipos de planes tienen diferentes niveles jerárquicos<sup>664</sup>, cada uno de ellos debe cumplir los objetivos centrales de la ordenación urbana consagrada en el país, que se puede resumir del siguiente modo: 1) el urbanismo es una función pública; 2) en virtud del principio democrático, se debe garantizar la participación popular en su elaboración; 3) el cumplimiento de la función social de la propiedad es una obligación permanente del propietario y su materialización depende la asimilación de las plusvalías urbanísticas; 4) los instrumentos del Derecho urbanístico deben ser capaces de propiciar la superación de los eventuales conflictos que se produzcan en el seno social.

## **5. Planificación y potestad de planeamiento urbanístico**

En la fase en la que se encuentra el presente estudio, cabe examinar, aunque sea someramente, la noción de la planificación, para a continuación abordar el movedizo terreno de la potestad de planeamiento urbano. Esto se justifica en el hecho de que, a veces, los análisis parciales de los conceptos fundamentales presentes en un estudio pueden debilitar las conclusiones sobre un determinado tema y, por ende, el resultado de toda la investigación.

Para empezar, conviene destacar que, cuando el tema son las políticas públicas, la noción de la planificación está asociada de forma directa a la noción de la actuación estatal. Al mismo tiempo, cuando tal actuación repercute en las actividades privadas, también está vinculada con la noción de la intervención, tal y como destaca REALE<sup>665</sup>. Obviamente, esta intervención se basa en una potestad, es decir, en un poder atribuido por la legislación a la Administración Pública y que tiene como guías la salvaguardia y la promoción del interés público, que también le sirven de fundamento y límite.

Justo por ello, REALE continúa advirtiéndolo que la planificación se enlaza con dos problemas que la preceden: en primer lugar, es necesario pensar en las alteraciones que impone la adopción de una determinada planificación en el orden jurídico,

---

<sup>664</sup> Vid. T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho Urbanístico*, cit., p. 48-49.

<sup>665</sup> Vid. M. REALE, *Direito e Planificação*, Revista de Direito Público, Ano VI, 1973, p. 93.

inclusive, desde el punto de vista estructural y hermenéutico de las normas y de su forma de ejecución. El autor continúa añadiendo que un segundo problema aparece con la necesidad de definición del papel que debe representar el Derecho «como factor constitutivo de la política de planeamiento»

Esta reflexión del autor tiene pertinencia; hoy en día, el poder de planear (programar) es sin duda alguna una de las más importantes potestades, ya que viene asociada al poder de planificación. Esto se debe a que el plan genera derechos y deberes, además de interponerse en el curso de asuntos privados pertenecientes a las más variadas esferas: delimita derechos garantizados constitucionalmente, impone deberes jurídicos, condiciona el disfrute de plusvalías, interviene en el mercado y, todo ello, con el argumento, también incuestionable, de la prevalencia del interés público.

En realidad, cuando ese poder afecta a la órbita de la ordenación del territorio se transforma en la potestad del planeamiento urbanístico y se constituye como un importante ejercicio del poder normativo del Estado, el cual, en dicha condición, se define como un poder innovador y de conformación. De ahí que se centre en la constitución, modificación y extinción de situaciones jurídicas no solo urbanísticas, sino también de aquellas relacionadas con bienes jurídicos que, ya sea a través de vías transversales, o de forma directa, repercuten en los ejes de la ordenación urbana, como es el caso, por ejemplo, de la propiedad inmueble o del ejercicio de las actividades económicas.

Con todo, planear siempre presupone la emisión de juicios de valor sobre intereses y necesidades jurídicas tanto públicas como privadas, especialmente, en la esfera de la ordenación del territorio, lo que lleva a la noción de que se está ante una tarea muy abstracta. Esto podría sugerir que dichos juicios pueden no ser todo lo imparciales que sería de desear. Dicho sea de otro modo, es indudable que puede haber una correspondencia entre el planeamiento y la ejecución de maniobras sobre determinadas situaciones jurídicas o sobre la finalidad que con ellas se persigue.

Por este motivo, no es infrecuente que se argumente que, en el proceso de planeamiento, se pueda prescindir de los profesionales del Derecho, de modo que su intervención solo se debe producir con posterioridad a la de la Administración Pública,

la cual, a través de políticos o técnicos de otras ramas del conocimiento, ya habrá adoptado las opciones básicas y trazado la línea de actuación y las opciones fundamentales. Los juristas permanecen, así, ajenos a «la problemática de los fines y de los medios» y su cometido se limita a proporcionar el ropaje jurídico.

Desafortunadamente, esta realidad desconoce que:

«As estruturas jurídicas não são simples configurações convencionais adaptáveis “ab libitum” a qualquer tipo de planeamento, ao menos nas sociedades democráticas, nas quais o Estado não exerce o poder a seu arbítrio, senão tendo que respeitar os limites e garantias fixados nos textos constitucionais. Como a forma jurídica implica sempre condiciones fáticas e axiológicas, e como cada solução normativa somente tem validade e efetividade no contexto do ordenamento global, as decisões do poder estão condicionadas ao que se poderia denominar “o ângulo das possibilidades legislativas”<sup>666</sup>».

Es por ello por lo que la apreciación jurídica de las opciones de la potestad del planeamiento ha de ser concomitante a su realización, orientando las opciones, guiando las políticas consagradas allí y dando forma jurídica a los legítimos intereses privilegiados.

Dentro de este verdadero juego, lo que parece que tiene lugar con más frecuencia, es una intensa actividad de elección de los modos de actuación administrativa, es decir, una intensa actividad discrecional (actuación volitiva), concepto tan fundamental para el Derecho administrativo como controvertido y complejo, tal y como he aclarado anteriormente.

---

<sup>666</sup> Vid. M. REALE, *Direito e Planificação*, Revista de Direito Público, Ano VI, 1973, p. 95.

### **CAPÍTULO III**

## **LAS GARANTÍAS DE LOS CIUDADANOS FRENTE A LA POTESTAD DE ORDENACIÓN DEL SUELO**

### **1. Consideraciones generales**

El estudio antecedente me permite destacar las siguientes consideraciones que paso a enumerar a modo de resumen: 1) el espacio urbanizado siempre ha tenido una organización, por mínima que esta haya sido; 2) desde todos los aspectos que se puedan considerar, la ciudad ha sido siempre la expresión de la estructura de poder prevalente en cada momento histórico; 3) sin embargo, la actividad individual espontánea sigue impactando en la conformación del espacio urbanizado, incluso ampliándolo y degradándolo; 4) la configuración moderna del Estado le atribuye legitimidad para asumir la función de ordenar el uso y la ocupación del suelo, tarea que debe ejercer observando el ordenamiento jurídico; 5) tanto las fuerzas sociales en lo que se refiere a la utilización, como las fuerzas estatales en lo concerniente al ejercicio de la potestad pública de planear, deben ser controladas.

En la somera alusión al período de la Revolución Industrial, momento histórico que he elegido sin propósitos ideológicos, sino únicamente en razón de la evidencia de sus nefastos resultados para la ordenación urbana, el exceso de libertad de uso del suelo que atendía únicamente los intereses del propietario resultó y aún resulta en evidentes perjuicios sociales. Por ese motivo, no es casualidad que el Estado asuma el control de la actuación de las fuerzas sociales contrapuestas en el contexto urbano, a efectos de compaginar los intereses y posibilitar el ejercicio de los derechos de los múltiples individuos.

Tales premisas son significativos argumentos, por lo que se convirtieron en clásicos fundamentos de control del proceso urbano. Sin embargo, dada la evolución de ese proceso y de las ciencias medioambientales, el desarrollo urbano también debe ser controlado en aras de la preservación medioambiental<sup>667</sup> y de promover calidad de vida

---

<sup>667</sup> Pese a la importancia del tema, el conocimiento empírico revela que no es infrecuente la ausencia de integración entre los órganos técnicos de planeamiento urbanístico y los de preservación medioambiental,



de los habitantes de la ciudad, dogmas del proclamado desarrollo sostenible<sup>668</sup>, que ya he tenido oportunidad de mencionar.

La problemática del tema cobra tanto protagonismo que, en el caso español, el art. 45<sup>669</sup> CE consagra el derecho a un medioambiente saludable como un valor constitucional cuya protección es deber de todos, sobre todo del Estado, aunque también del ciudadano. La Constitución brasileña, a su vez, lo consagra en su artículo 225.<sup>670</sup>

Todo ello justifica, como también he subrayado exhaustivamente, la reglamentación estatal del uso y de la ocupación del suelo llevada a efecto de tal manera que no es en vano que PARADA afirme que el Derecho urbanístico actúa como un «contraceptivo» del que denomina como «exceso de fertilidad constructiva».<sup>671</sup>

La función estatal, pese a todo, no se agota en el control de las actividades urbanas, va más allá al definir las fórmulas de retorno a la comunidad de las plusvalías experimentadas por los terrenos como resultado de la ordenación urbana.

---

realidad que ocasiona «la falta de ensamblaje de los ordenamientos urbanísticos y ambiental» observada por FERNÁNDEZ TORRES (*vid.* J. R. FERNÁNDEZ TORRES, *La Evaluación Ambiental Estratégica de Planes y Programas Urbanísticos*, *cit.*, p. 18). En virtud de ello, en España todos los planes y programas de ordenación del territorio deben ser sometidos a una evaluación ambiental estratégica de carácter vinculante y preceptivo, como subraya el mencionado autor (*ídem*, p. 18) que, además de influir «en la toma de decisiones sobre la configuración del espacio territorial abarcado por el plan o programa» [también debe] «contribuir para poner en claro las responsabilidades, obligaciones y deberes de los distintos sujetos intervinientes en el ulterior proceso de ejecución del planeamiento urbanístico» (*ídem*, p. 143).

<sup>668</sup> El tema desarrollo sostenible cobró protagonismo sobre todo al final del siglo XX y afortunadamente sigue siendo un tema muy debatido. Está asociado a la noción de compatibilización del desarrollo económico con la preservación medioambiental, es decir, propugna la explotación equilibrada de los recursos naturales intentando garantizar que la satisfacción de las necesidades presentes no comprometa la calidad de vida de las generaciones futuras. (*vid.* J. A. DA SILVA, *Direito Ambiental Constitucional*, Malheiros, São Paulo, 4.<sup>a</sup> ed., 2002, p. 26). En España esta compatibilización se da por medio de la técnica de la mencionada evaluación ambiental estratégica de planes y programas.

<sup>669</sup> Art. 45.1. «Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo».

2. «Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva».

3. «Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado».

<sup>670</sup> «Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações».

<sup>671</sup> *Vid.* R. PARADA, *Derecho Administrativo III, Bienes Públicos, Derecho Urbanístico*, *cit.*, p. 261.

Sin embargo, por pura lógica, la actuación del Poder Público en el contexto urbano, en calidad de gran rector del urbanismo, con subordinación al ordenamiento jurídico, no puede ser llevada a cabo de manera improvisada. Para obtener esos resultados, es necesario formular e imponer un planeamiento urbano articulado para, no solo controlar el impacto de las fuerzas sociales sobre la ciudad, sino también para posibilitar las debidas correcciones, de manera que se reduzca el impacto en el medio ambiente natural y artificial.

Tal modelo de actuación pública, además de presentarse como más eficaz desde el punto de vista de los resultados, posibilita un mejor control de la conducción estatal del proceso urbano. En virtud de ello, la importancia del planeamiento como forma de actuar del Estado hizo que muchos ordenamientos lo hayan positivizado. En Brasil, por ejemplo, como he subrayado con antelación, la Constitución Federal impuso, en el artículo 174<sup>672</sup>, el planeamiento de la actividad económica como una función del Estado.

Esta imposición se repite expresamente en lo referente a la ordenación urbana, pues en el artículo 182, al prever que el urbanismo es una función pública, se determinó la adopción de planes urbanísticos como método de ordenación del uso y la ocupación del suelo en municipios con más de veinte mil habitantes<sup>673</sup>.

De acuerdo a como señala FERNÁNDEZ TORRES, el planeamiento urbano es un poder discrecional genuino<sup>674</sup>, hecho que, facilita simultáneamente la formulación de políticas públicas más adaptadas a la realidad, dado que se derivan del juicio de

---

<sup>672</sup> Art. 174. «Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

§ 1º A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento».

<sup>673</sup> Creo que una explicación de esta preocupación puede estribar en el hecho de que el Estado brasileño, en todos sus niveles, tardó mucho en entender la necesidad de «explicitar objetivos, metas e cursos de ação voltados, basicamente, para a organização programada do espaço» (vid. A. M. BRASILEIRO, *Política urbana – quem decide?*, en A. PESSOA, *Direito do Urbanismo*, Livros Técnicos e Científicos, Rio de Janeiro, 1981, p. 27). Como consecuencia, las ciudades se convirtieron en producto de la imprevisión, y están sujetas a las conveniencias y opciones individuales de los distintos actores sociales.

<sup>674</sup> Vid. J. R. FERNÁNDEZ TORRES, *Arbitrariedad y Discrecionalidad, dos décadas después*, en E. GARCÍA DE ENTERRÍA Y R. ALONSO GARCÍA, *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial: liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Vol. I, Civitas, Madrid, 2012, p. 3.

diagnosis del administrador público, y genera controversias, ya que puede ser fuente de múltiples desviaciones de las finalidades.

A ese propósito, destaca DESDENTADO DAROCA que, a pesar de estar dictado por el interés público y apoyarse predominantemente en criterios técnicos y jurídicos, el juicio administrativo llevado a cabo para definir el modelo urbano más conveniente no está exento de «valoraciones políticas»<sup>675</sup>.

A mi modesto juicio, eso no representa una deficiencia de la actividad planeadora ni mucho menos un inconveniente jurídico. Lo que quiero decir es la Administración Pública la que lleva a cabo el planeamiento, y al igual que WEIL, reconozco y subrayo el cariz marcadamente político del Derecho administrativo<sup>676</sup>, lo que no lo libra de la subordinación constitucional a la Ley.

BAÑO LEÓN advierte que es propia de la planificación «una amplísima discrecionalidad administrativa, expresión técnica del carácter político de muchas de estas decisiones». A causa de ello, destaca que se deben establecer procedimientos legales «de gravosa tramitación, con participación de múltiples actores administrativos y sujeto a la información del público»<sup>677</sup>.

No se puede dejar de lado que el planeamiento urbanístico es una política pública, es decir, un programa público orientado a la concreción de objetivos socialmente relevantes y políticamente determinados<sup>678</sup>, que debe guiarse por la democracia económica y política<sup>679</sup>. Como afirman ASCHER y GIARD, al fin y al cabo, el urbanismo es una cuestión política que exige una respuesta también política<sup>680</sup>

---

<sup>675</sup> Vid. E. DESDENTADO DAROCA, *Discrecionalidad Administrativa y Planeamiento Urbanístico*, en L. MARTÍN REBOLLO Y R. O. BUSTILLO BOLADO, *Fundamentos de Derecho Urbanístico*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2007, 1.ª ed., p. 224.

<sup>676</sup> Vid. P. WEIL, *Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1994, p. 37. El autor, al desarrollar su posición, afirma que el aparato de que dispone el Derecho administrativo «tiene sus raíces en problemas fundamentales de la ciencia política como son las relaciones del Estado con el ciudadano, la autoridad con la libertad, la sociedad con el individuo».

<sup>677</sup> Vid. J. M. BAÑO LEÓN, *Derecho Urbanístico Común*, Iustel, Madrid, 2009, p. 121.

<sup>678</sup> Vid. M. P. DALLARI BUCCI, *Direito Administrativo e Políticas Públicas*, Saraiva, São Paulo, 2002, p. 241.

<sup>679</sup> Vid. F. ASCHER y J. GIARD, *O Urbanismo e a Política*, cit., p. 129.

<sup>680</sup> Vid. F. ASCHER y J. GIARD, *O Urbanismo e a Política*, cit., p. 247.

El Derecho no puede ignorar estas características del urbanismo, so pena de instaurar una situación caótica, dada la posible falta de adaptación a la realidad urbana. Para definirlo en otras palabras, puedo afirmar sin temor a equivocarme, que el Derecho no debe ser utilizado como un instrumento que intenta cambiar las características peculiares del urbanismo. Lo que debe hacer es asumir el papel de instrumento propiciador de la congregación de las distintas fuerzas sociales en pro de la promoción del ejercicio equilibrado de los derechos individuales que impactan en la ordenación urbana, así como de una mejor utilización de la ciudad por todos los componentes sociales.

No obstante, al ser el planeamiento urbano un conjunto de elecciones administrativas discrecionales, está expuesto, obviamente, a padecer las mismas vicisitudes que las que soporta la actividad administrativa en general. Los excesos normativos, la mala apreciación de los hechos, la desviación de poder, las ilegalidades e incluso las inconstitucionalidades, son algunos ejemplos de vicios en los que pueden caer las políticas públicas de planeamiento<sup>681</sup>.

Retornando a la discusión de los párrafos precedentes, los largos años que llevo trabajando en la Administración Pública, específicamente en la abogacía preventiva y en el contencioso, me permiten afirmar que el problema del planeamiento no consiste específicamente en que esté bajo una permanente influencia política, sino más bien, que no se identifique precisamente cuál es el sistema de control de las opciones públicas y que no se le dote de plena operatividad.

En efecto, para evitar que ocurran esas anomalías en dichas actuaciones, al igual que en cualquier otra situación discrecional, es importante trazar de la forma más precisa posible, los límites de la potestad de planeamiento y las formas de control que

---

<sup>681</sup> No es en vano que PARADA, al comentar la desfiguración de los cascos históricos, identifica como uno de los problemas de la libertad de planificación que se «han campado muy a gusto ya a sus anchas – dicho sea reconociendo notables y meritorias excepciones – la desidia y la ignorancia de los funcionarios y arquitectos, las presión de los especuladores y la corrupción de los políticos» (vid. R. PARADA, *Derecho Administrativo III, Bienes Públicos, Derecho Urbanístico*, cit., p. 288).

sobre ella se pueden ejercer, con el fin de proteger al administrado ante el Poder Público y, una vez más de acuerdo con CASSESE, al Estado ante al gobierno<sup>682</sup>.

En lo concerniente al administrado, es importante remarcar que cualquiera que sea su posición jurídica —propietario o mero habitante de una ciudad—, hay que proporcionarle los instrumentos que le resguarden del ejercicio de la potestad de ordenación territorial, puesto que su posición jurídica puede verse ocasionalmente afectada, ya se justa o injustamente y en mayor o menor escala.

A este propósito, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, al definir el concepto de administrado, advierten que la posición asumida por el ciudadano tiene contornos pasivos y también activos, no sólo porque participa en el «proceso político de formación de la voluntad general, sino del hecho más concreto de ostentar normalmente la titularidad de situaciones jurídicas activas capaces de imponer, incluso como garantía judicial, sin la cual no sería normalmente efectivo, obligaciones y deberes a la Administración». <sup>683</sup>

Mirando la posición de los administrados ante a la potestad de planeamiento urbanístico a través de la teoría de estos dos juristas, es posible definirla como una situación jurídica *pasiva* o de *gravamen*<sup>684</sup> que tanto en España como en Brasil, tiene a la Constitución como punto de partida de su configuración.

Efectivamente, por un lado, la Constitución atribuye al Poder Público la función de ordenar el uso del suelo, pero subordina el cumplimiento de tal función a los derechos fundamentales y a los distintos principios rectores de la Administración Pública, verbigracia. Por otro lado, en lo relativo al administrado, le garantiza el Derecho de propiedad, aunque le impone el deber de cumplir una función social.

Esa circunstancia induce la situación descrita por GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, según la cual la creación de un deber en la Carta Magna no necesariamente

---

<sup>682</sup> Vid. S. CASSESE, *Las Bases del Derecho Administrativo*, cit., p. 27.

<sup>683</sup> Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, cit., p. 16.

<sup>684</sup> Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, cit., p. 30.

implica la creación de un derecho correlativo para el ciudadano<sup>685</sup>, lo que sí significa es la creación de una potestad administrativa de exigencia de su cumplimiento<sup>686</sup>.

Como ya he tenido ocasión de afirmar en este estudio, también se establece en la Constitución la legitimidad administrativa para sancionar las conductas de los administrados que no se ajusten a la legalidad, obviamente, con subordinación al patrón de proporcionalidad también fijado por la Ley Fundamental.

El estándar de esa sujeción en el ámbito de la ordenación urbanística está definido en la Constitución, aunque no se agota en ella, ya que les compete a Leyes, Reglamentos y actos administrativos<sup>687</sup> desarrollarla mediante el establecimiento de los deberes, cargas y beneficios correlativos a la posición jurídica del propietario o del administrado que se somete a la disciplina urbanística. Además, les cabe fijar el procedimiento administrativo de ejercicio de algunos de los derechos subjetivos vinculados a la urbanización, entre otros ejemplos de las situaciones en las que se instaura la relación Administración Pública-administrado.

El constitucionalismo confirió al ciudadano que se siente lesionado por el ejercicio de una potestad pública un conjunto de garantías, aunque es necesario investigar como estas repercuten en la esfera urbanística. Principalmente, es necesario acometer dicho examen dado que, conforme he afirmado con antelación, el establecimiento de desigualdades entre los ciudadanos que sienten sus efectos es algo que pertenece a la naturaleza de la potestad de planeamiento urbano.

De este modo, queda clara la adecuación de la premisa defendida por MARTÍN MATEO según la cual «todo tiene un límite y el urbanismo no es una excepción»<sup>688</sup>, de lo que no constituyen excepciones ni la explotación del suelo urbano

---

<sup>685</sup> Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, cit., p. 33.

<sup>686</sup> Aquí hay que meditar sobre la relación de deber para el administrado típica del Derecho urbanístico pues lo que justifica su imposición es la búsqueda la ordenación territorial. SANTI ROMANO a este propósito sustenta que «es frecuente en el derecho público que el sujeto del deber sea el mismo sujeto del interés por el cual se tiene dicho deber» (vid. S. ROMANO, *Fragments de un Dictionnaire Jurídico*, Comares, Granada, 2002, p. 61).

<sup>687</sup> Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, cit., p. 33.

<sup>688</sup> Vid. R. MARTÍN MATEO, *La gallina de los huevos de cemento*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 1.ª ed., 2007, p. 48.

por los habitantes de la ciudad ni el ejercicio estatal de la potestad de planeamiento urbano, de manera que el control del proceso urbano asume una doble faceta: la protección del interés público y del interés individual de los administrados.<sup>689</sup>

De acuerdo con ello y valiéndome de los conceptos que he trabajado en los capítulos precedentes, lo que abordaré a continuación es la conformación constitucional de dicha potestad, una vez que, como recuerda TRAYTER JIMÉNEZ, «la misión del jurista es que la Administración funcione pero respetando un conjunto de garantías, controles y formas propias del Estado de Derecho»<sup>690</sup>.

## **2. Conformación constitucional de la potestad de planeamiento urbanístico – el papel primordial de los derechos individuales**

Dado que la Constitución supone el fundamento del Estado, resulta obvio que todo sistema de delimitación de la actividad administrativa encuentra en ella su base. Por este motivo, empiezo a abordar el tema desde la perspectiva constitucional y, puesto que es posible afirmar con razonable seguridad que, por lo general, el sistema de garantías instituido por las constituciones de occidente no oscila en demasía, paso a tratar aquellos límites que me parecen comunes.

De todo el estudio que he emprendido en los capítulos antecedentes se puede extraer con claridad que, ante a la potestad de planeamiento urbano, los primeros límites constitucionales que se posicionan son la sumisión del Estado a la Ley, a la garantía de la igualdad —especialmente, en lo que concierne a los beneficios y cargas de la urbanización—, y a la protección a la propiedad en su doble aspecto: en cuanto institución y como posición jurídica de su titular.

Dado que todos los aspectos importantes para la tesis ya han sido puestos de relieve con antelación, creo que su minuciosa repetición en este capítulo resulta innecesaria. Por consiguiente, me limitaré a destacar los puntos más importantes.

---

<sup>689</sup> Vid. J. M. TRAYTER JIMÉNEZ, *Derecho Urbanístico de Cataluña*, cit., p. 305

<sup>690</sup> Vid. J. M. TRAYTER JIMÉNEZ, *Derecho Urbanístico de Cataluña*, cit., p. 28.

## 2.1. La garantía de la propiedad y su repercusión en la potestad de planeamiento.

Como he puesto de relieve anteriormente, la incidencia de las normas de ordenación urbana sobre una determinada parcela del suelo origina que la propiedad planeada, o sea, una propiedad cuyos atributos están completamente delineados por el planeamiento urbanístico.

Esta línea de entendimiento se corresponde con la noción, aceptada actualmente por varios sectores de la doctrina en España, según la cual la propiedad es un derecho estatutario, lo que significa que la legislación y los planes urbanísticos definen su contenido urbanístico<sup>691</sup>, lo que sugiere la conclusión de que no existe ninguna facultad anterior a los mismos<sup>692</sup>. No está de más rescatar la conocida premisa de GARCÍA DE ENTERRÍA sobre la ordenación urbana, en la que afirma que es «una potestad pública y no propiamente una expectativa privada, de modo que cualquiera que sea la directriz de la ordenación no hay en ella propiamente una privación de intereses o facultades privadas, que antes de la ordenación, como ya sabemos, no existe»<sup>693</sup>.

Es cierto que esta idea no se ha visto libre de críticas, sino todo lo contrario, pues son bien conocidas las polémicas que ha generado<sup>694</sup>. Sin embargo, en este trabajo defendiendo el carácter esencialmente atributivo de la norma urbanística, lo que me conduce a afirmar que no hay facultades urbanísticas previas a la planificación.

En este punto, me parece pertinente resaltar la advertencia de TEJEDOR BIELSA quien con el amparo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, afirma que

---

<sup>691</sup> Vid. J. M. BAÑO LEÓN, *Derecho Urbanístico Común*, cit., p. 49.

<sup>692</sup> Este no es un pensamiento unívoco, tal y como describe TEJEDOR BIELSA (vid. J. C. TEJEDOR BIELSA, *Propiedad, Equidistribución y Urbanismo. Hacia un nuevo modelo urbanístico*, cit., p. 152-157). Sea como sea, me parece que es lo que más se ajusta a la realidad, una vez que entiendo que la regulación urbanística tiene carácter atributivo, precisamente, por definir cuáles son las facultades propias de cada parcela del suelo.

<sup>693</sup> Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Problemas Actuales del Régimen Local*, cit., p. 129.

<sup>694</sup> Vid. J. C. TEJEDOR BIELSA, *Propiedad, Equidistribución y Urbanismo. Hacia un nuevo modelo urbanístico*, cit., p. 153 y sigs.



el cuadro constitucional posibilita la concepción de diferentes tipos de propiedad, siempre que se respete su contenido esencial<sup>695</sup>.

Es importante recordar que el sistema urbanístico actual ha establecido el urbanismo como una función pública, cabiéndole al Estado llevar a cabo las opciones urbanísticas fundamentales, lo que repercute directamente en la propiedad. De esta manera, el propietario está desprovisto de la libertad de decidir cómo utilizar su inmueble y de cuáles son las facultades de las que dispone, ya que es al planeamiento al que le corresponde establecerlo.

Cabe recordar en este momento la lección de FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, en el sentido de que el aparato legal de índole urbanística no recorta el conjunto de atributos del Derecho de propiedad, sino más bien, define «cuál es en cada caso la extensión misma de ese derecho al precisar sus fronteras normales en función del concreto destino de los terrenos»<sup>696</sup>. Desde el exclusivo punto de vista del panorama español, el mismo autor recalca que la Ley del Suelo especifica objetivamente el estatuto jurídico de la propiedad en aras de «concretar un punto de equilibrio, constitucionalmente obligado, entre el reconocimiento del derecho de la propiedad privada y la necesaria iniciativa pública en dirección al hecho urbano».<sup>697</sup> Consecuentemente, de acuerdo con el autor, la definición de distintas facultades urbanísticas para cada parcela del suelo, de por sí, no genera derecho a indemnización.

A mí modo de ver, esta posición es absolutamente correcta, dada la fuerza del fundamento constitucional sobre el que se apoya. Ese fundamento, tal como recuerda BERMEJO VERA, «permite modular el alcance de propiedad y libre empresa en atención a los interés públicos»<sup>698</sup>. Tal idea deriva del hecho de que la propiedad del suelo está insoslayablemente subordinada al cumplimiento de una función social, por lo que no solo debe cumplir las expectativas de su propietario, sino también atender los

---

<sup>695</sup> Vid. J. C. TEJEDOR BIELSA, *Propiedad, Equidistribución y Urbanismo. Hacia un nuevo modelo urbanístico*, cit., p. 150.

<sup>696</sup> Vid. T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho Urbanístico*, 2016, cit., p. 106-107. El autor prosigue aclarando que el derecho a indemnización solamente tiene lugar en los supuestos que impliquen «ablación, recorte o privación de un derecho previamente delimitado con mayor extensión».

<sup>697</sup> Vid. T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho Urbanístico*, 2016, cit., p. 110.

<sup>698</sup> Vid. J. BERMEJO VERA, *Derecho Administrativo, Parte General*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2009, p. 617 y 619

intereses de la comunidad en la que se insiere, y que se amplía en virtud de que la atribución de la tarea de ordenar el uso y la ocupación del suelo urbano le pertenece al Estado.

Ahora bien, qué es lo que se admite como el cumplimiento de esta función es un problema de difícil resolución cuando la Constitución no aporta elementos precisos para su conceptualización, algo que ocurre, por ejemplo, en España. En efecto, el artículo 33<sup>699</sup>, a pesar de que establece que la función social delimita la propiedad, no se ocupó de definirla, relegando esta tarea a la legislación infraconstitucional.

Esta imprecisión deja margen a que diferentes construcciones doctrinales y jurisprudenciales establezcan en cada momento histórico qué es lo que se debe comprender por funciones sociales de la propiedad. Esto tiene el importante efecto de flexibilizar el contenido del concepto en función de las prácticas sociales preponderantes, adecuándolo a la realidad; sin embargo, también puede causar una cierta inseguridad jurídica, en la medida en que el legislador ordinario y el intérprete no cuentan con unos parámetros precisos para su definición. Esto puede ocasionar tratamientos jurídicos muy distintos para las diversas parcelas del suelo que componen la ciudad.

Esta controversia no tienen lugar cuando la definición del concepto se establece en la propia Constitución, tal como sucede, por ejemplo, en el ordenamiento jurídico brasileño, cuyo artículo 5<sup>700</sup> garantiza la propiedad y la somete al cumplimiento de la función social. La definición de esta función social aparece en el artículo 182<sup>701</sup>,

---

<sup>699</sup> «C.E., Artículo 33.1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia.

2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes.

3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes».

<sup>700</sup> «Art. 5. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I – [...];

XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

XXIII – [...]».

<sup>701</sup> «Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

en donde se establece que la propiedad cumple la función social siempre y cuando observe las prescripciones del plan urbanístico.

El hecho de que la propia Constitución brasileña defina el concepto de dicha función tiene dos consecuencias: por un lado, la concepción brasileña de la función social es más restricta que la española, pues su cumplimiento está completamente subordinado a las prescripciones del plan, mientras que en España, la concreción de la función social puede materializarse fuera del ámbito de los planes urbanísticos, algo que en Brasil, reitero, no es posible. Por otro lado, la aplicación del concepto no está sujeta a ninguna tergiversación bajo el pretexto de la imprecisión de su contenido, pues la norma lo define objetivamente.

Ahora bien, resulta obvio que la mera consagración y la definición del contenido de la función social de la propiedad no garantiza su cumplimiento, por lo que es muy importante que el estatuto jurídico de la propiedad defina mecanismos jurídicos que estimulen u obliguen a los propietarios a cumplir los deberes urbanísticos que les son impuestos por la urbanización.

En este contexto, nuevamente, se puede invocar la Constitución como fundamento para la imposición de deberes urbanísticos. Dentro de esta perspectiva, es relevante mencionar que la Constitución española enuncia los principios rectores de la política social y económica en el artículo 47<sup>702</sup>. Ese artículo le confiere al Poder Público la prerrogativa de editar normas que, al mismo tiempo que vinculan la utilización del suelo como interés general, impide el uso del suelo con propósitos meramente especulativos.

Asimismo, la Constitución brasileña, en el capítulo que ordena la política urbana, faculta al Poder Público municipal a que, en los términos de la Ley, imponga el

---

§ 1º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

§ 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor».

<sup>702</sup> «CE, Artículo 47. Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos».

aprovechamiento forzoso de los terrenos urbanos no edificados, no utilizados o infrautilizados. En el caso que el propietario sea omiso a este respecto, se podrán determinar la parcelación o la edificación compulsoria, además de la posibilidad de la progresividad del impuesto sobre ese bien<sup>703</sup>. En casos más extremos, se contempla incluso la expropiación del inmueble con pago mediante títulos de deuda pública.

Ahora bien, a pesar de que innegablemente estas constituyen medidas jurídicas muy importantes para la contención de la especulación inmobiliaria, el Poder Público municipal, a quien le cabe reglarlas no ha mostrado empeño en llevar a cabo esta tarea, por lo que el uso de la propiedad urbana como mera reserva de capital es una práctica social común en Brasil.

No obstante, volviendo al tema de la función social propiamente dicho, tiene cabida rescatar un concepto que he analizado con anterioridad y que entiendo que constituye el principal límite de su definición a mi modo de ver. Me refiero a la garantía de la propiedad en su aspecto de posición jurídica individual del propietario, es decir, en su calidad de derecho subjetivo, naturaleza jurídica que hace que no se pueda, por ejemplo, colectivizarla, nacionalizarla o inclusive sujetarla al cumplimiento de expectativas exclusivamente sociales.

A esta noción se le suma la preservación del derecho subjetivo, rescatando una vez más los conceptos trabajados anteriormente, el límite de los límites, o mejor dicho, el más importante elemento configurador de la potestad de planeamiento: el contenido esencial del Derecho de propiedad, el cual impide que las normas de ordenación de la ciudad promuevan su descaracterización.

En el contexto español, TEJEDOR BIELSA parece confirmar este pensamiento cuando afirma que la función social no opera de forma ilimitada sobre las facultades

---

<sup>703</sup> Art. 182 [...]

§ 4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

I - parcelamento ou edificação compulsórios;

II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

dominicales, ya que la Constitución española «protege el contenido esencial de los derechos fundamentales y las libertades públicas, asumiendo así un lugar común en el constitucionalismo».<sup>704</sup>

A pesar de que la noción del contenido esencial mantiene una acentuada vaguedad, el autor menciona la STC 37/1987 y la STC 170/1989, como verdaderos *leading cases*, para pasar a afirmar de que el Tribunal Constitucional «parece haber proporcionado un criterio estable» para definirlo. Esto lo hizo consagrando el entendimiento según el cual, los límites impuestos legislativamente al derecho encuentran resonancia en intereses constitucionalmente protegidos y permiten la conservación de su componente económico<sup>705</sup>.

En virtud de ello, a mi juicio, el planeamiento urbanístico no podrá dejar de conferir unas mínimas facultades de disfrute del derecho. En este orden de ideas, la conclusión es que el planeamiento tendrá que preservar los atributos típicos del instituto, como es el caso, entre otros, su contenido económico y el poder de disposición del titular, aunque sea cierto que sea la regulación urbanística la que atribuye el contenido urbanístico propiamente dicho. Lógicamente, la total eliminación de facultades o la imposición de condiciones que reduzcan drásticamente o aun impidan su aprovechamiento económico o su goce, determinan una indemnización al propietario.

Ahora bien, el problema aquí estriba en determinar cuál es la línea que separa la delimitación conforme a la función social (que no lleva aparejada la indemnización), de la limitación o ablación de facultades, algo que sí implicaría una indemnización, por el hecho de tratarse verdaderamente de una expropiación.

---

<sup>704</sup> Vid. J. C. TEJEDOR BIELSA, *Propiedad, Equidistribución y Urbanismo. Hacia un nuevo modelo urbanístico*, cit., p. 198-199.

<sup>705</sup> Vid. J. C. TEJEDOR BIELSA, *Propiedad, Equidistribución y Urbanismo. Hacia un nuevo modelo urbanístico*, cit., p. 198-199.

## 2.2. La igualdad frente a las cargas públicas

La igualdad<sup>706</sup>, así como la legalidad, representan principios constitucionales estructurantes de la relación Estado-ciudadano, cualquiera que sea la esfera de poder (Legislativo, Ejecutivo o Judicial). Ciertamente, no se puede comprender el constitucionalismo sin tener en cuenta el mandato isonómico en el tratamiento del administrado, no solo en lo atinente a los efectos producidos por la Ley, sino más bien, en lo que respecta a su propia formulación, conforme he tenido ocasión de subrayar anteriormente.

En el plan del urbanismo, la igualdad adquiere especial relieve al tener en consideración que pertenece a la propia lógica del planeamiento, la promoción de la desigualdad de tratamiento de los distintos terrenos a los que afecta<sup>707</sup>, una vez que se asignan a las parcelas del suelo de la ciudad, distintas facultades con el objeto de que cumplan diversas finalidades urbanísticas, dentro del modelo de ciudad elegido por la potestad de planeamiento urbano.

En efecto, resulta notorio que la designación de usos, la zonificación del territorio asignándole distintas condiciones de utilización, la imposición de distintos niveles de restricciones a la explotación del suelo y los índices de aprovechamientos, se traducen, o bien en beneficios, o en cargas.

Esta circunstancia compromete el deber de isonomía al que el Estado está sujeto constitucionalmente en sus relaciones con los distintos administrados, lo que

---

<sup>706</sup> «CE, artículo 53. 1. «Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a)».

CF, «Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]».

<sup>707</sup> Desde la doctrina italiana, FIALE y FIALE sostienen una posición en el mismo sentido, además de calificar la diferenciación de tratamiento conferido a cada parcela del suelo como un problema fundamental de la planificación urbanística. Por ello, subrayan que la superación del problema debe ser promovida mediante la previsión de un adecuado sistema de equidistribución (*vid.* A. FIALE y E. FIALE, *Diritto Urbanistico*, Simone, Napoli, 14.<sup>a</sup> ed., p. 67). En el mismo sentido (*vid.* E. GARCÍA DE ENTERRÍA y L. PAREJO ALFONSO, *Derecho Urbanístico, Instituciones Básicas cit.*, p. 430); (*vid.* J. M. TRAYTER JIMÉNEZ, *Derecho Urbanístico de Cataluña, cit.*, p. 80); (*vid.* J. BERMEJO VERAS, *Derecho Administrativo, Parte General, cit.*, p. 617 y 619); (*vid.* L. PAREJO ALFONSO, *Derecho Urbanístico, Instituciones Básicas, cit.*, p. 148).

desequilibra el reparto de los costes de la planificación entre los distintos propietarios del suelo. Como consecuencia de esto, lo que surge en Brasil es lo que se designa como «principio del resarcimiento del incremento de costes generados a los otros»<sup>708</sup>, el cual determina que siempre que un propietario experimente un beneficio derivado de la asignación de una utilización más favorable del terreno o de los servicios e infraestructuras públicas, debe indemnizar o compensar a la sociedad<sup>709</sup>.

Con el propósito de ajustar esta característica al sistema de garantías constitucionalmente concebido y cumplir la consabida función equilibradora de las desigualdades generadas por el planeamiento urbanístico<sup>710</sup>, le cabe al planeador la especial tarea de crear mecanismos de igualación de las posiciones jurídicas originadas en la actividad de planeamiento. En otros términos, el planeador debe instituir mecanismos de equidistribución, es decir, técnicas de redistribución de los beneficios y cargas oriundos del planeamiento, en pro de la igualación de tratamiento de todas las parcelas del suelo<sup>711</sup>.

En apoyo de esta tesis, tiene sentido recordar la afirmación de FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, según la cual solo que se puede legitimar el «ordenamiento urbanístico sobre el que pesa siempre, a consecuencia de su peculiar estructura, la sombra decalificante de la desigualdad»<sup>712</sup>, mediante la instauración de un régimen jurídico que permita el correcto reparto de tales beneficios y cargas.

---

<sup>708</sup> Vid. M. A. GRECO, *O solo criado e a questão fundiária*, en A. PESSOA (org.), *Direito do Urbanismo. Uma visão sócio jurídica*, Livros Técnicos e Científicos Editora S.A. Rio de Janeiro, 1981, p. 19. El principio se funda en la noción de que no solo debe producirse un resarcimiento a la sociedad por las plusvalías experimentadas por el terreno que se derivan de la planificación, sino también un resarcimiento por el uso diferenciado de los equipamientos urbanísticos.

<sup>709</sup> Vid. J. J. CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, cit., p. 421.

<sup>710</sup> Vid. A. CARCELLER FERNÁNDEZ, *El derecho y la Obligación de Edificar*, Montecorvo, Madrid, 1965, p. 35.

<sup>711</sup> Por lo general, cuando se trata de la igualdad frente a las cargas derivadas de la urbanización, los autores suelen referirse a las «desigualdades de tratamientos de los propietarios del suelo». Sin embargo, en virtud de que las facultades urbanísticas tienen naturaleza jurídica *propter rem*, y como tales, inciden en el suelo, entiendo que lo que la legislación trata con discrepancia no son precisamente los derechos de los propietarios, sino más bien la propia configuración de los atributos urbanísticos de cada parcela del suelo. Obviamente, esto repercute en el derecho subjetivo de su propietario en cuanto consecuencia inmediata. La naturaleza *propter rem* de las obligaciones urbanísticas se establece claramente, por ejemplo, en el artículo 27.1 de la TRLSRU, de 30 de octubre de 2015.

<sup>712</sup> Vid. T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho Urbanístico*, 2016, cit., p. 123.

Con el propósito de facilitar la comprensión de cómo el sistema puede establecer el reparto de beneficios y cargas oriundos del planeamiento, me valgo nuevamente de la doctrina de FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, quien invoca las históricas técnicas de equidistribución establecidas por las distintas leyes del suelo. Sin ninguna pretensión de analizar cada una de ellas, sobre todo en lo que se refiere a sus virtudes o defectos, tomo dos de dichas técnicas como ejemplo: 1) el aprovechamiento medio o tipo, que consiste en la atribución a cada propietario de un mismo coeficiente de metros cuadrados que puede hacer suyos, de uso y tipología característicos, por cada metro cuadrado de suelo del que sea titular (ej. un máximo de 0,8 m<sup>2</sup> por cada metro cuadrado de suelo, de uso y tipología característicos); 2) la reparcelación, que consiste en la agrupación de todas las parcelas incluidas en determinado sector (ámbito de actuación), para su posterior división de acuerdo con las determinaciones del plan, y por último, la adjudicación de las parcelas resultantes a los propietarios, o a la Administración en el caso de las de cesión obligatoria.

Hay otros tipos de mecanismos de igualación que el planeamiento puede adoptar. En Brasil, una de las formas de equidistribución tiene lugar cuando el plan prevé la posibilidad de alteración del uso original<sup>713</sup> o de aumento del potencial edilicio (*Estatuto de la Ciudad*, artículo 4. inciso V. letra n) mediante el pago del precio público denominado *otorga onerosa*. Ambas situaciones son meras facultades y, por lo tanto, su aplicación deriva de la manifestación de la voluntad del propietario en adquirirlas.

### **2.3. La garantía de la legalidad**

Me parece oportuno reiterar que, en mi modesta opinión, las garantías constitucionales operan directamente en el nacimiento de la potestad determinando su configuración *ab initio*. Es decir, no son propiamente limitaciones, sino más bien

---

<sup>713</sup> De manera muy sencilla se puede decir que el plan fija para cada determinada parcela del suelo un uso original, que corresponde a un patrón óptimo en términos de impactos absorbibles por los mecanismos típicos de la urbanización. Sin embargo, prevé asimismo la posibilidad de alteración del uso original, a otro uso aceptable también previsto en el mismo, aunque con un impacto más contundente que desequilibra el sistema original. Este desequilibrio debe ser evitado mediante mecanismos urbanísticos diferenciados (modificaciones infraestructurales o en sistema de equipamientos urbanos y servicios) cuya adopción resulta en costes de urbanización que el propietario que los causa debe indemnizar. Ocurre lo mismo cuando el propietario opta por aumentar el potencial edilicio de su parcela de suelo. La comprensión de los dos supuestos resulta muy sencilla si se los examina a partir de la noción de las facultades urbanísticas, pues ambas hipótesis representan justamente la adquisición de una facultad urbanística mediante el pago del correspondiente precio público.



elementos de conformación y delimitación de la potestad estatal, tal y como ocurre con otros deberes y derechos constitucionalmente previstos.

A la vez, la sumisión del Estado al cumplimiento de la Ley en todos sus cometidos pertenece a la esencia del constitucionalismo, de manera que la potestad de planeamiento ya nace con unos contornos preestablecidos, aunque no siempre reconocidos. Esto hace que, desde el punto de vista de la legalidad, la tarea del jurista sea señalar precisamente cuál es el régimen jurídico al que se subordina, indicando los límites negativos y positivos<sup>714</sup>, y cuáles son las técnicas de control que sirven para la verificación de su cumplimiento.

En lo referente a la parte predominantemente reglada de la potestad de planeamiento, el ejercicio del control de los aspectos formales y competenciales, de la motivación administrativa, de los fines a ser alcanzados y de los medios empleados, ni suscita mayores problemas ni provoca discusiones doctrinales.

Esto no sucede con la misma intensidad cuando se trata de la potestad reglada por conceptos jurídicos indeterminados. Reitero que el tema provoca discusiones sobre la naturaleza de la potestad y, por consiguiente, sobre la intensidad del control. Sea como sea, me reafirmo en mi entendimiento de que tales actos son esencialmente reglados y que, por lo tanto, su revisión por parte del Poder Judicial es integral, para lo que sirve de parámetro de control toda la dogmática existente sobre la competencia reglada.

Considerando lo antes expuesto, es de conocimiento general el acentuado contenido discrecional de la potestad de planeamiento urbanístico. Esta circunstancia es de fundamental importancia al considerar el impacto provocado por las decisiones urbanísticas en el contexto de las garantías constitucionales antes tratadas. Esto sucede

---

<sup>714</sup> Me adhiero a la doctrina de DALLARI BUCCI, para quien en el ámbito de la actuación discrecional, es insuficiente indicar los límites negativos de la Administración Pública, o sea, el paradigma antidiscrecional o el conjunto de barreras que se les impone y que protege la esfera de derechos de los administrados (*vid.* M. P. DALLARI BUCCI, *Direito Administrativo e Políticas Públicas*, cit., p. 40). Para instituir un efectivo sistema de control hay que precisar los límites positivos, es decir, indicar las directrices a ser observadas por el administrador público al ejercer las opciones discrecionales. En términos muy sencillos, es preciso indicar hasta dónde puede llegar dentro de un patrón de legalidad.

de modo similar, cuando la configuración de la ciudad se considera desde el punto de vista puramente jurídico o desde una óptica socio-urbanística.

Lo primero que tengo que manifestar sobre cómo incide el principio de la legalidad sobre la potestad de planeamiento urbanístico es que, aunque normalmente se reconozca que es una potestad discrecional por excelencia, obviamente, está sujeta a un amplio control judicial. Esto radica en que, como en cualquier potestad estatal, no hay espacio para la adopción inadvertida de cualquier opción, pues, tal y como se reconoce, «disposer d'un pouvoir discretionnaire n'autorise pas l'administration à faire n'importe quoi»<sup>715</sup>.

Por ello, según entiendo, resulta muy importante vertebrar, lo más precisamente posible, la delimitación de tal potestad y el régimen de su correspondiente sistema de control. En este aspecto, los dos ordenamientos jurídicos que sirven de marco legal a esta tesis difieren. En efecto, mientras que en España se aprecia que tanto la doctrina como la jurisprudencia han avanzado mucho en el desarrollo de un régimen jurídico del control de la potestad de planeamiento urbano, por lo contrario, en Brasil lo que se advierte es una situación de lamentable letargo en ambos sectores. Esto ocurre inclusive con el establecimiento por parte de la Constitución Federal de suficientes instrumentos para la definición precisa del mencionado régimen, conforme demostraré a continuación.

El tema no es de fácil explicación y demanda que se trate específicamente en un capítulo propio con el fin de examinar mejor sus variables.

---

<sup>715</sup> Vid. J. MORAND-DEVILLER, *Cours de droit administrative: cours, thème de réflexion, commentaires d'arrêt avec corrigés*, Montchrestien, Paris, 2005, 9ª. ed., p. 283.

## CAPÍTULO IV

### EL CONTROL DE LA POTESTAD DE PLANEAMIENTO

#### 1. La discrecionalidad de planeamiento.

Por lo general, como ya he destacado en el anterior capítulo, la doctrina, abunda en la misma opinión tanto sobre el intenso grado de discrecionalidad propio de la potestad de planeamiento como sobre que las elecciones administrativas que de ella se derivan, es decir, sus efectos prácticos —la definición del dibujo, de las zonas y de los usos de la ciudad y, por qué no decirlo, también de la propia forma de vida de sus habitantes— impactan de modo directo en garantías y valores constitucionales.

Creo pertinente remitirme en este momento al estudio acometido en ese mismo capítulo previo, acerca del intenso trabajo de ponderación inherente a la discrecionalidad de planeamiento, cuyo punto de partida es el resultado de la diagnosis, es decir, la identificación y la evaluación de los intereses que, por su naturaleza, son relevantes para la planificación<sup>716</sup>.

Tal vez, este sea el gran diferencial de la potestad de planeamiento en comparación con otras potestades administrativas: el complejo sistema de decisiones que se instaura cada vez que es ejercida. Me explico haciendo referencia a una cuestión que ya he tratado aquí: en torno a la ordenación urbana, gravitan múltiples intereses (públicos o privados) y derechos (individuales o colectivos), los cuales, en no pocas ocasiones, entran en conflicto. Esto determina, por lo tanto, una compleja base de actuación social.

Como es obvio, en combinación con esta base social, hay una base técnica de igual complejidad: *a priori*, el suelo comporta distintas facultades urbanísticas que deben ser individualizadas y elegidas a partir no solo de la fuerza normativa de lo

---

<sup>716</sup> Cuando me refiero a la diagnosis, tengo en mente no solo el inventario del conjunto urbano existente, sino, sobre todo, la identificación de las situaciones de conflictos de intereses que, en virtud de su importancia, deben ser resueltas, así como los problemas latentes de los que es importante prevenirse y la forma de darles solución. A continuación de la diagnosis, la Administración Pública efectúa un ejercicio de pronosis, es decir, la programación futura del desarrollo del territorio (*vid.* A. F. DE SOUSA, *A Discrecionalidade Administrativa*, *cit.*, p. 172)

fáctico, tal como lo denominan algunos autores<sup>717</sup> y la jurisprudencia (sobre todo para referirse al carácter reglado del suelo), o de la vinculación situacional, como prefieren hacerlo otros<sup>718</sup>, sino de razonamientos sin vínculo alguno con cualquier parámetro previo, que se rigen por criterios que son exclusivo resultado de la técnica o, inclusive, de la conveniencia y la oportunidad.

Estas dos realidades forman parte, o deberían hacerlo, del diagnóstico que acomete el planificador al principio del proceso de planeamiento, en aras de identificar las demandas tanto individuales como colectivas, los conflictos de intereses, las deficiencias del modelo en vigor y las posibilidades de desarrollo planteadas por los diferentes actores sociales.

Una vez en poder de todos esos datos, al planeador le cabe ordenar, valorar, sopesar<sup>719</sup> y jerarquizar los conflictos de intereses que existan entre las múltiples fuerzas sociales, para formar su decisión final (la ponderación en sentido estricto). Esta, en virtud del interés público, tiene que ser capaz de establecer la ordenación del espacio urbano y determinar las directrices que pautarán la solución de los problemas tanto presentes como futuros,<sup>720</sup> esenciales para la ciudad. Asimismo, le toca establecer las técnicas para la equidistribución de los beneficios y cargas derivados del planeamiento y la recuperación de las plusvalías<sup>721</sup>.

---

<sup>717</sup> En términos muy generales, para la autora, las características y condiciones del territorio vinculan el proceso decisorio del planeador (vid. E. DESDENTADO DAROCA, *Discrecionalidad Administrativa y planeamiento Urbanístico. Construcción teórica y análisis jurisprudencial*, cit., p. 230). La fuerza normativa de lo fáctico también es un criterio de control mencionado por Muñoz Machado (vid. S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho municipal*, cit., p. 21 y 62).

<sup>718</sup> Vid. F. A. CORREIA, *O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade*, cit., p. 320-326.

<sup>719</sup> Vid. A. F. DE SOUSA, *A Discrecionalidade Administrativa*, cit., p. 165-169.

<sup>720</sup> Sobre la vocación del planeamiento de anticipar los problemas urbanos, me parece oportuno mencionar que la exposición de motivos de la Ley del Suelo de 1956 destacaba que «la acción administrativa ha de preceder el fenómeno demográfico y, en vez de ser su consecuencia, debe encauzarlo hacia lugares adecuados» (vid. E. JARDI CASANY, *El Planeamiento Urbanístico*, cit. p. 262), es decir, dicha legislación consagró la vocación prospectiva del plan.

<sup>721</sup> A mi juicio, este es un componente muy importante de los planes, dado que considero que los propietarios beneficiados por las plusvalías generadas a causa de las inversiones de la Administración Pública en la actividad de planeamiento, deben devolver a la comunidad las ganancias obtenidas. Esto se justifica en el hecho de que en nada contribuyeron a la generación de dicha plusvalías, de manera que tal devolución tiene como propósito restablecer el equilibrio en el tratamiento urbanístico.

En este contexto, no hay que dejar de lado que, a pesar de que el planeamiento y su inherente procedimiento de ponderación están enfocados en la ordenación del espacio, en función de criterios eminentemente técnicos, ciertos sectores de la doctrina llaman la atención acerca de que también deben tener como guía la promoción de la cohesión social<sup>722</sup>.

Tal y como se puede comprobar, la complejidad de los intereses y objetivos que engloba el planeamiento es evidente, lo que hace del mismo un auténtico procedimiento de ponderación de intereses de todo orden<sup>723</sup>. Esto me lleva a la conclusión de que la ponderación es, al fin y al cabo, un importante elemento estructurador del plan, cuyas bases, particularmente la manera de identificar las variables intervinientes, difícilmente pueden ser fijadas con antelación por el legislador. No es casual que ASSMANN llegue a mencionar la existencia de una dogmática de la ponderación que es propia de la planificación urbanística, y cuyo fundamento es la garantía de la propiedad<sup>724</sup>.

Dada la naturaleza de las variables contempladas en el planeamiento, esas consideraciones justifican el intenso poder discrecional atribuido al planificador. El propósito no es otro que, a partir del mencionado juicio de diagnosis, cuyos resultados no pueden ser vaticinados por ningún legislador, permitirle definir técnicamente los métodos más adecuados para la superación de los múltiples conflictos de intereses existentes y conciliarlos de la manera más justa posible<sup>725</sup>, en conformidad con los límites legalmente impuestos.

El alto grado de discrecionalidad también encuentra su razón de ser en el hecho de que a la Administración Pública le compete definir las estrategias de

---

<sup>722</sup> Vid. J. PONCÉ SOLÉ, *La proyección social del Planeamiento*, en L. MARTÍN REBOLLO y R. O. BUSTILLO BOLADO, *Fundamentos de Derecho Urbanístico*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2007, 1.ª ed., p. 212.

<sup>723</sup> Vid. F. P. OLIVEIRA, *A discricionariedade de planeamento Urbanístico Municipal na Dogmática Geral da Discricionariedade Administrativa*, Almedina, Coimbra, 2011, 1.ª ed., p. 134 y 135.

<sup>724</sup> Vid. E. SCHMIDT ASSMANN, *La Teoría General Del Derecho Administrativo Como Sistema, Objeto y fundamentos de la construcción sistemática*, cit., p.91.

<sup>725</sup> Vid. L. MAROTTA, *Pianificazione urbanistica e discrezionalità amministrativa*, CEDAM, Padova, 1998, p. 13. El autor afirma, además, que «l'interesse público non derogabile si sottrae al giuridizio di comparazione com tutti gli interessi pubblici e privati di siu deve tener conto l'autorità addetta alla pianificazione urbanistica e, dovendo prevalere in ogni caso, si pone come un limite non valicabile all'esercizio del potere discrezionale di questa stessa autorità». (ídem, p. 27).

desarrollo urbano, las directrices de las políticas públicas y, sobre todo, el modelo de organización espacial de la ciudad<sup>726</sup>. A mi entender, el legislador no solo no tiene como predecir todas esas variables, sino que tampoco tiene las habilidades técnicas para determinarlas.

DELGADO BARRIO también subraya que este amplio ámbito de discrecionalidad se deriva del hecho de que las opciones urbanístico-administrativas, muchas veces, se fundamentan en criterios extrajurídicos de naturaleza variada. Además, añade que aquí también concurre el amplísimo campo de soluciones posibles típicas del planeamiento<sup>727</sup>.

De hecho, la definición del contenido del plan<sup>728</sup> es un poder genuinamente discrecional que, con el propósito de conformar la ordenación urbana, tiene una amplia posibilidad de innovación<sup>729</sup>, para lo que se vale de variables de no siempre fácil control. Si bien es cierto que tal potestad tiene un cariz altamente técnico, ya sea mediante el recurso a la técnica urbanística, o mediante la utilización de criterios técnicos de otras ramas del saber<sup>730</sup> (economía, sociología, ecología), no es menos cierto que también recibe la influencia de «otros tipos de valoraciones y juicios sobre los fines primarios y los objetivos secundarios de la ordenación»<sup>731</sup>, tal y como destaca DESDENTADO DAROCA.

Esto resulta en la estructuración de criterios de política administrativa, cuya legitimidad para integrar las opciones públicas deriva del propio mandato de la

---

<sup>726</sup> A mi juicio, este es uno de los más significativos fundamentos para la discrecionalidad del planeamiento pues, como recuerda LÓPEZ RAMÓN, «formular el modelo territorial es una tarea que precisa de un gran aporte informativo» de lo cual, flagrantemente, no dispone el legislador (vid. F. LÓPEZ RAMÓN, *Planificación Territorial*, Revista de Administración Pública, n.º 114, 1987, p. 135).

<sup>727</sup> Vid. J. DELGADO BARRIO, *El control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico*, Civitas, Madrid, 1993, 1.ª ed., p. 20. El autor pone como ejemplos, aunque sin llegar a agotarlos, criterios sociológicos, económicos, arquitectónicos, ecológicos, históricos y artísticos.

<sup>728</sup> Vid. F. ALVES CORREIA, *Manual de Direito do Urbanismo*, cit., p. 422.

<sup>729</sup> Vid. E. DESDENTADO DAROCA, *Discrecionalidad Administrativa y planeamiento Urbanístico. Construcción teórica y análisis jurisprudencial*, cit., p. 340.

<sup>730</sup> Vid. E. DESDENTADO DAROCA, *Discrecionalidad Administrativa y planeamiento Urbanístico. Construcción teórica y análisis jurisprudencial*, cit., p. 340. En este mismo sentido, (vid. J. DELGADO BARRIO, *El control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico*, cit., p. 20).

<sup>731</sup> Vid. E. DESDENTADO DAROCA, *Discrecionalidad Administrativa y planeamiento Urbanístico. Construcción teórica y análisis jurisprudencial*, cit., p. 341.

autoridad pública<sup>732</sup>. Con todo, estas razones, a mi juicio, se ubican en un *locus* administrativo cuyo control puede presentar alguna dificultad, dado que son resultado de complejas evaluaciones administrativas llevadas a cabo en el procedimiento de diagnosis antes referenciado.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, en sus propias palabras y por estas mismas razones, advierte que «el planeamiento urbanístico ha sido objeto tradicionalmente de un control mínimo, y ello no sólo en razón de la complejidad técnica inherente a la elaboración de todo plan, sino también, y sobre todo, por la naturaleza fundamentalmente innovativa y configuradora de la potestad de planeamiento»<sup>733</sup>.

En esta tesitura, aunque el conjunto de fundamentos hasta ahora descritos ya legitime suficientemente la intensidad del contenido discrecional de la potestad de planeamiento, no está de más mostrar cautela. De acuerdo con MUÑOZ MACHADO, reconozco que el mismo puede resultar en «situaciones de injusticia» o incluso de ofensa a garantías constitucionalmente consagradas<sup>734</sup>.

Es más, hay que tener en cuenta que no es infrecuente que se haga uso del planeamiento para la generación de beneficios urbanísticos espurios, actividad que se puede maquillar perfectamente en los planes, pero que produce impactos dañinos en todos los sentidos.

En contrapartida, hay que considerar que la discrecionalidad es un modo de actuación administrativa más apto para dotar de eficacia a esa misma ordenación. Considero oportuno reiterar que esto es así debido a que la concreción de la función pública de ordenar el uso del suelo urbano está sujeta a una multitud de variables que el legislador o bien no siempre estima, o que la norma de planeamiento no siempre contempla, ya que dicha función no se opera perfectamente sin descender al ámbito fáctico.

---

<sup>732</sup> Vid. E. DESDENTADO DAROCA, *Discrecionalidad Administrativa y planeamiento Urbanístico. Construcción teórica y análisis jurisprudencial*, cit., p. 341.

<sup>733</sup> Vid. T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *De la Arbitrariedad de la Administración*, cit., p. 49-50.

<sup>734</sup> Vid. S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho municipal*, V. II, Civitas, Madrid, 2.ª ed., 2003, p. 2160.

Efectivamente, hay que reconocer que entre otros aspectos, la valoración de las propuestas elevadas por la sociedad civil, por ejemplo en audiencias públicas, así como las actuaciones destinadas a la superación de conflictos de intereses que eventualmente surjan entre particulares y que sean detectados por la Administración Pública en su práctica administrativa cotidiana, además de la estimación y mejora de los usos de los equipamientos y servicios públicos, se integran en el ámbito de las opciones administrativas.

Esto también ocurre con el uso de los bienes del propio Estado, por lo que atañe a la satisfacción de las expectativas sociales y, por qué no decirlo, al cumplimiento de una función más acorde con las conveniencias de la comunidad.

A partir de estas consideraciones, es fácil comprender cuál es el motivo por el que FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ afirma que «constitucionalmente no es, pues, admisible hoy una remisión en blanco a la Administración para que libremente y sin condicionamiento alguno configure a su arbitrio los planes de ordenación»<sup>735</sup>.

Sin embargo, a pesar de toda carga de desconfianza que recae en la discrecionalidad administrativa, muchas veces impulsada por inconfesables razones políticas o por pretensiones académicas mal resueltas, lo cierto es que la otra cara de la moneda revela que, bien utilizada, es una herramienta muy importante para posibilitar que la Administración Pública obtenga mejores resultados en el desempeño de sus cometidos.

La sociedad, sin embargo, parece alarmarse y, en consecuencia, se pone a la defensiva ante tales actuaciones administrativas, de modo que motiva el establecimiento de un riguroso control, lo que unido a las garantías constitucionales típicas del Estado contemporáneo, exige actuaciones cada vez más pautadas por criterios de racionalidad y razonabilidad, como si ellos mismos no albergasen, en su propia definición, una alta carga de indeterminación.

---

<sup>735</sup> Vid. T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho Urbanístico*, cit., p. 112.



Con todo, me parece oportuno recordar las ponderaciones de FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ al respecto de que «la vaguedad de este principio, su aparente inaprehensibilidad, suscita el temor de que a la eventual arbitrariedad de la Administración, suceda la igualmente posible arbitrariedad del juez, sustitución con la que —suele añadirse— nada saldríamos ganando ni en el plano de la convivencia democrática, (...) ni en el plano de la eficacia, (...) ni en el plano de la solidaridad».<sup>736</sup>

Es por esta razón y, también, porque la actual concepción de la discrecionalidad es la de una potestad totalmente sujeta al Derecho<sup>737</sup>, por lo que es imprescindible definir, con la mayor precisión posible, los criterios legales que el plan debe observar, especificando el ámbito de actuación de la potestad de planeamiento y el sistema de control externo que le corresponde<sup>738</sup>.

Asimismo, estoy de acuerdo con OLIVEIRA cuando sostiene que esta coyuntura (amplia discrecionalidad de planeamiento) no impide que el legislador densifique la regulación mediante la imposición de criterios más precisos para el control judicial<sup>739</sup>, estableciendo las metas o fines a ser alcanzados por el planeamiento<sup>740</sup>. Por mi parte, añado que, más que proporcionar los parámetros de control, la legislación que define unos criterios mínimos dota de más uniformidad a la actuación planeadora, así como de más seguridad a la toma de decisiones públicas, además de facilitar el juicio de ponderación típico de la actividad<sup>741</sup>.

---

<sup>736</sup> Vid. T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *De la Arbitrariedad de la Administración*, cit., p. 191-192.

<sup>737</sup> Vid. E. SCHMIDT ASSMANN, *La Teoría General Del Derecho Administrativo Como Sistema, Objeto y fundamentos de la construcción sistemática*, cit., p. 219.

<sup>738</sup> Vid. J. DE LA CRUZ FERRER, *Sobre el control de la discrecionalidad en la potestad reglamentaria*, *Revista de Administración Pública*, n.º 116, 1988, p. 68.

<sup>739</sup> Vid. F. P. OLIVEIRA, *A discricionariedade de planeamento Urbanístico Municipal na Dogmática Geral da Discricionariedade Administrativa*, cit., p. 129. En la misma línea de entendimiento, PISCITELLI, al referirse al contenido estructural de los planes, argumenta que una descripción más detallada (*tipizzazione*) del contenido del plan o del instrumento urbanístico implica una contracción en el ámbito de la discrecionalidad, situación esta sobre la que afirma que ocurre cada vez más en Italia. (vid. L. PISCITELLI, *Potere di Pianificazione e Situazioni Soggettive*, CEDAM, Padova, 1990, s/ed., p. 235-236).

<sup>740</sup> Vid. J. M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*, cit., p. 34.

<sup>741</sup> En contrapartida, OLIVEIRA alerta que una regulación más densa no puede implicar el cercenamiento de las potestades constitucionalmente atribuidas a la Administración que, en caso del planeamiento, son la definición de las reglas de ocupación, utilización y transformación del suelo (vid. F. P. OLIVEIRA, *A discricionariedade de planeamento Urbanístico Municipal na Dogmática Geral da Discricionariedade Administrativa*, cit., p. 129).

Ahora bien, no se puede obviar el hecho de que no es sólo la norma habilitante de la discrecionalidad la que traza los límites de la potestad, aunque sí que es cierto que es en ella donde se establecen preponderantemente. Como ya he tenido ocasión de afirmar, el sometimiento constitucional de la Administración Pública a la legalidad vincula todas las potestades administrativas a la Ley y al Derecho.

Sobre la base de este raciocinio, coincido con DESDENTADO DAROCA cuando afirma que «de la norma habilitante pueden derivarse, efectivamente, importantes límites de la discrecionalidad conferida a la Administración. Pero también en el resto del ordenamiento jurídico pueden encontrarse principios o criterios que delimiten el conjunto de alternativas entre las cuales la Administración puede válidamente escoger»<sup>742</sup>.

Esto resulta en una doble garantía: 1) protege mínimamente el administrado<sup>743</sup> de las conveniencias dictadas por los grupos de presión, que, en no raras ocasiones, influyen al administrador público; 2) reduce la posibilidad de que los grandes fundamentos del planeamiento se deriven de meros caprichos o desatinos de técnicos poco capacitados y bajo la influencia política, los cuales no son infrecuentes en la Administración Pública, quienes acaben por convertir dicho planeamiento en un verdadero juego de azar.

---

<sup>742</sup>Vid. E. DESDENTADO DAROCA, *Discrecionalidad Administrativa y planeamiento Urbanístico. Construcción teórica y análisis jurisprudencial*, cit., p. 146.

<sup>743</sup> Si bien es cierto que reconozco que el administrado está considerablemente expuesto al juego de las conveniencias administrativas y, quizá, al de algunos grupos económicos, dado el nivel de desarrollo social, no concibo al propietario del suelo de la misma manera que GONZÁLEZ PÉREZ, quien en su época y, tal vez, en virtud de una perspectiva social ultrapasada, ubica tanto el propietario como al habitante de la ciudad en una posición de pasividad y fragilidad ante las opciones públicas (vid. J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Los planes de urbanismo*, cit., p. 79). El paulatino reconocimiento de los derechos constitucionales introducidos en la cartas magnas más recientes, así como la nueva noción de participación ciudadana y la consecuente idea de *empowerment* resultante de la universalización de la información, según entiendo, si no llegan a eliminarla, solapan significativamente la idea del «pobre y sencillo administrado» al que se refiere el mencionado autor (ídem, p. 79).

Ahora bien, no me son desconocidos los peligros que conlleva el propio ámbito de incidencia de la potestad de planeamiento, en la medida en que su objeto, es vital al mismo tiempo que escaso, lo que acentúa su importancia económica, conforme recuerda PARADA. El autor advierte sobre tal potestad que «es lógico que en su ejercicio se hayan producido numerosas disfunciones y hasta frecuentes escándalos de corrupción» (vid. R. PARADA, *Derecho Urbanístico General*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 109) e identifica la clasificación del suelo y la determinación de los aprovechamientos edificatorios como las oportunidades que conllevan mayores riesgos relativos a la discrecionalidad de planeamiento (ídem, p. 109).

Para finalizar este epígrafe, al tener en cuenta de qué manera el constitucionalismo organiza la Administración Pública, quiero aclarar que todas estas disquisiciones tienen un propósito: dejar patente la amplitud de la discrecionalidad de la potestad de planeamiento, circunstancia que, no solo supone la vertebración de un sistema de control objetivo sobre las posibilidades de actuación y el alcance de su ejercicio, sino que lo demanda.

De cualquier forma y antes de entrar en el examen del control propiamente dicho de la discrecionalidad de planeamiento, importa examinar un importante elemento del juicio discrecional, del que resulta la formación de la voluntad administrativa: la ponderación que se efectúa al respecto de los múltiples y complejos intereses y derechos alcanzados por el plan, concernientes a la ocupación, uso y transformación del suelo<sup>744</sup>.

## **2. Límites a la potestad de planeamiento urbano en España**

En España, los juristas coinciden en el reconocimiento del intenso componente discrecional típico de la potestad de planeamiento urbano, una característica que es resultado, en buena medida, del hecho de su naturaleza conformadora de la configuración de la ciudad<sup>745</sup>. Esta realidad, con el paso del tiempo, ha motivado un notable desarrollo doctrinal y jurisprudencial en torno a la identificación de sus límites y el reconocimiento del correspondiente sistema de control.

De hecho, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ destaca que, muy pesar de que la jurisprudencia reconociera inicialmente una considerable libertad de innovación de la potestad de planeamiento, lo cual dificultaría su control, en la actualidad, adopta una postura que traspasa la revisión de las determinaciones del planeamiento y que se apoya, precisamente, en el principio de la interdicción de la arbitrariedad de los Poderes Públicos, lo que incluye la verificación tanto de la coherencia lógica entre la decisión y los hechos que la fundamentaron como de la racionalidad del planeamiento<sup>746</sup>.

---

<sup>744</sup> Vid. F. A. CORREIA, *Manual de Direito Urbanístico*, cit., p. 298 y 109.

<sup>745</sup> Vid. T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho Urbanístico*, 2016, cit., p. 99.

<sup>746</sup> Vid. T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho Urbanístico*, 2016, cit., p. 101-102.

Con todo, no faltan quienes afirmen que todo ese esfuerzo ha sido insuficiente, puesto que, en la práctica del planeamiento, «han reaparecido muchos de los antiguos males de la Administración»<sup>747</sup>, sobre todo, en lo que concierne a la desviación y el abuso de poder, así como, inclusive, a las arbitrariedades y desvíos en la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados.

No obstante, aclaro que el propósito de este epígrafe es la identificación del sistema instaurado en España en torno a los límites a la potestad de planeamiento y de sus correspondientes mecanismos de control en abstracto, de modo que no pretende ni verificar la eficacia de su aplicación ni emitir juicios críticos. La razón de ello reside en que haré uso de sus bases como posible fuente de interpretación de la normativa brasileña existente, con el objeto de intentar vertebrar su régimen jurídico.

Para empezar con el tema, quiero señalar que el primer límite para el ejercicio de la potestad de planeamiento tiene un cariz puramente formal: la competencia constitucional para la regulación del suelo, contexto este en el que afloró, como *leading case*, la Sentencia del Tribunal Constitucional del 20 de marzo de 1997 (STC 61/1997). Si bien es cierto que dicha sentencia puede ser considerada un fallo histórico no solo por sus conclusiones, sino también por el hecho de haber declarado la inconstitucionalidad de un significativo número de artículos de la TRLS/1992., no tiene cabida aquí hacer un detenido examen de los hechos que la precedieron.

De cualquier forma, en aras del exclusivo interés del tema que aquí se trata y tomando como base a BAÑO LEÓN<sup>748</sup>, destaco de modo muy somero que actualmente la competencia estatal se restringe a: 1) la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales (artículo 149 CE. 1.1.<sup>a</sup>); 2) las garantías generales de la expropiación forzosa y el régimen general de las valoraciones del suelo (artículo 149.1.18.<sup>a</sup> CE); 3) la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública (artículo 149.1.18.<sup>a</sup> CE); 4) la legislación civil, así como los aspectos registrales y el derecho de superficie (artículo 149.1.8.<sup>a</sup> CE); 5) las bases de la planificación económica

---

<sup>747</sup> Vid. G. CABELLO MARTÍNEZ, *La potestad de planeamiento: la concreción del derecho de propiedad urbana por los municipios*, Revista de Urbanismo y Edificación, n. 22, 2010, p. 77.

<sup>748</sup> Vid. J. M. BAÑO LEÓN, *Derecho Urbanístico Común*, cit., p. 71-83.

(artículo 149.1.13.<sup>a</sup>; 6 CE) la legislación medioambiental (artículo 149.1.23.<sup>a</sup> CE, competencia horizontal); 7) obra públicas de interés general art. 149.1.24.<sup>a</sup> CE); 8) la titularidad de bienes públicos (artículo 149.1.1.<sup>a</sup> CE). Además de ello, le compete establecer la legislación de aguas (parcialmente), costas, puertos y marina mercante.

En razón de ello, TRAYTER JIMÉNEZ asevera que al Estado no le corresponde «imponer un concreto modelo urbanístico a las Comunidades Autónomas»<sup>749</sup> ni, mucho menos, establecer las técnicas y facultades urbanísticas de los propietarios del suelo.

En resumen, las conclusiones de la sentencia consagraron el entendimiento de que el legislador estatal no posee competencias para ordenar el territorio, incluso de forma supletoria, lo que representa un límite material tan significativo como objetivo. Dicho sea de paso, quiero aclarar que este límite permea toda la argumentación que desarrollo, aunque no voy a acometer un abordaje explícito del mismo.

Por otro lado, la jerarquía de los planes también surge como un importante límite objetivo a la actividad planeadora, una vez que cada tipo tiene un contexto material específico en lo que se refiere a su funcionalidad y ámbito territorial, circunstancia esta que proporciona, de igual modo, un parámetro estrictamente objetivo de control<sup>750</sup>.

Una vez tratado el tema competencial del ejercicio de dicha potestad, es oportuno afrontar sus otros límites, para lo que debo destacar que, tal como sucede por lo normal con todos los supuestos discrecionales, la propia Ley habilitante contiene las primeras balizas que debe observar el planificador. Estas operan mediante la previsión de elementos reglados que conciernen, por ejemplo, a la legitimidad del ejercicio, a los fines a alcanzar o a los mecanismos de actuación.

Por añadidura, es pertinente recordar que el ámbito de elección del que dispone el planificador también está delimitado por todo el ordenamiento jurídico<sup>751</sup>,

---

<sup>749</sup> Vid. M. TRAYTER JIMÉNEZ, *Derecho Urbanístico de Cataluña*, cit., p. 47.

<sup>750</sup> Vid. M. TRAYTER JIMÉNEZ, *El Control del Planeamiento Urbanístico*, cit., p. 459.

<sup>751</sup> Vid. E. DESDENTADO DAROCA, *Discrecionalidad Administrativa y Planeamiento Urbanístico. Construcción teórica y análisis jurisprudencial*, cit., p. 146 y 343. Al analizar la cuestión desde un punto de vista general de los actos discrecionales, MOZO SEOANE se refiere al sometimiento de la

tanto mediante las previsiones constitucionales como a través de la legislación urbanística y las demás Leyes que componen el ordenamiento jurídico en general.

En efecto, constituyen claros límites a la libertad de planear las disposiciones constitucionales sobre las garantías individuales (art. 53)<sup>752</sup>, así como las prescripciones sobre el modo de actuar del Estado, como es el caso de la interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3), de la igualdad (artículo 14), de la sumisión a la legalidad, del deber de promover la protección medioambiental (art. 45), del patrimonio histórico y cultural (art. 46), del derecho a la vivienda digna (art. 47). Dada la claridad de su aplicación, no creo que quepa ninguna duda en lo referente a estos límites<sup>753</sup>.

Además, como elementos limitadores de la amplia discrecionalidad de planeamiento, DESDENTADO DAROCA subraya la importancia de los principios generales del Derecho, entre los que destaca la racionalidad, la razonabilidad, la proporcionalidad y la interdicción de la arbitrariedad<sup>754</sup>, principios cuya operatividad en la praxis administrativa ya he comentado con antelación.

A mi juicio, los ejemplos de límites hasta aquí referidos operan desde el mismo momento del nacimiento de la potestad, es decir, la configuran y delimitan. Ahora bien, además de los mismos, existen otros límites externos que restringen efectivamente el ámbito de decisión del planificador.

Uno de estos límites son los llamados estándares urbanísticos, los cuales consisten en unos criterios mínimos de ordenación impuestos legalmente, que reducen considerablemente la discrecionalidad del planificador<sup>755</sup>. Ellos vinculan las opciones del planificador y reducen su ámbito de libertad de elección, «con el fin de garantizar

---

Administración moderna a lo que denomina como bloque de la legalidad o bloque jurídico, el cual engloba «las disposiciones jurídicas de distinto rango y también principios de justicia material abstraídos del propio ordenamiento» (vid. A. MOZO SEOANE, *Discrecionalidad de la Administración Pública en España*, Montecorvo, Madrid, 1985, p. 353).

<sup>752</sup> Entre otros, vid. CE, art. 53, art. 14 (igualdad), art. 33 (propiedad), art. 38 (libertad de empresa).

<sup>753</sup> En este mismo sentido, T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (vid. T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho Urbanístico*, 2016, cit., p. 100).

<sup>754</sup> Vid. E. DESDENTADO DAROCA, *Discrecionalidad Administrativa y Planeamiento Urbanístico. Construcción teórica y análisis jurisprudencial*, cit., p. 343.

<sup>755</sup> Vid. E. DESDENTADO DAROCA, *Discrecionalidad Administrativa y Planeamiento Urbanístico. Construcción teórica y análisis jurisprudencial*, cit., p. 345.

una proporción determinada en la distribución de los usos del suelo y en la intensidad de su ocupación, dirigido especialmente a reducir la discrecionalidad de planeamiento y lograr una mínima calidad urbanística»<sup>756</sup>.

Otros incontrovertibles límites externos son las normas legales de aplicación directa, que actualmente se definen en el artículo 20.2 de la Ley del Suelo, que subordinan las instalaciones, construcciones y edificaciones a las prescripciones del «ambiente en que estuvieran situadas», con el fin de que no «rompa la armonía del paisaje o desfigure la perspectiva propia del mismo». Esto significa que la potestad de planeamiento debe observar las prescripciones de las leyes medioambientales, de costa, de carreteras, de puerto, de aguas, de aeropuertos y de montes<sup>757</sup>.

### **3. Aspectos generales del control de la potestad de planeamiento urbano en España**

Antes de nada, creo importante señalar que todo el desarrollo previo, así como las premisas más importantes destacadas en el mismo, subyacen en los

---

<sup>756</sup> Vid. L. LÓPEZ TRIGAL, *Diccionario de Términos sobre la ciudad y lo urbano*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2010, p. 180. Como ejemplo de tales estándares, T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (vid. T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho Urbanístico*, 2016, cit., p. 49) menciona el artículo 12 del TR76, que trata de los espacios libres destinados a parques y zonas verdes, así como también los artículos 13.1, y 75. Más recientemente, menciona el artículo 20.1.b LS.

También constituye un ejemplo el artículo 36.6 de la Ley del Suelo de Madrid, de 17 de julio de 2001, del cual transcribo tan solo un pasaje:

«36.6. El sistema de redes locales de un municipio se dimensionará respecto a cada ámbito de actuación o sector y/o unidad de ejecución atendiendo a las necesidades de la población prevista y de complementariedad respecto a las respectivas redes generales y supramunicipales. El planeamiento urbanístico podrá imponer condiciones de agrupación a las dotaciones locales de forma que se mejoren sus condiciones funcionales, sin que ello redunde en ningún caso en reducción de los estándares fijados en este artículo. En todo caso, en cada ámbito de suelo urbano no consolidado o sector y/o unidad de ejecución de suelo urbanizable no destinados a uso industrial, se cumplirán las siguientes condiciones mínimas:

a) La superficie total en el ámbito o sector y/o unidad de ejecución de elementos de las redes locales de equipamientos y/o infraestructuras y/o servicios será de 30 metros cuadrados por cada 100 metros cuadrados construidos.

b) Del total de la reserva resultante de cumplir el apartado anterior, al menos el 50 por 100 deberá destinarse a espacios libres públicos arbolados.) por cada 100 metros cuadrados edificables o fracción de cualquier uso deberá preverse, como mínimo, una plaza y media de aparcamiento, siempre en el interior de la parcela privada. La dotación mínima de plazas de aparcamiento deberá mantenerse aunque se modifique el uso.

(...).

<sup>757</sup> Ley del Patrimonio Histórico Español de 25 de junio de 1985; Ley de Costas de 28 de julio de 1988 y de 29 de mayo de 2013; Ley de Montes n.º 10 de 28 de abril de 2006; Ley del Patrimonio Nacional y de la Biodiversidad de 13 de septiembre de 2007; Ley de Carreteras de 29 de septiembre de 2015; Ley del Sector Ferroviario de 29 de septiembre de 2015.

fundamentos de aquí en adelante, de modo que ayudaran a comprender las bases del sistema que expongo.

Asimismo, creo oportuno recordar, una vez más, la simbólica enseñanza de FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ en el sentido de que, amén de que el hecho de que la fiscalización de la Administración es una garantía esencial en el Estado de Derecho, «juzgar la Administración contribuye a administrar mejor»<sup>758</sup>. Esto se debe a que previene «a las autoridades de los peligros de la improvisación, de la torpeza, del voluntarismo, del amor propio de sus agentes, del arbitrio y de otros riesgos menos disculpables aunque éstos y no por ello infrecuentes en nuestra realidad cotidiana, de ayer y de hoy»<sup>759</sup>.

De esta premisa se deriva una conclusión que, a mi modo de ver, es la que tiene mayor importancia en la fiscalización de la actividad administrativa, inclusive, porque corrobora su legitimación: más que una advertencia en cuanto a sus límites negativos, el control tiene un carácter pedagógico. Esto quiere decir que su efecto va más allá de la reprensión, no consiste únicamente en un elemento puramente cercenador; sirve especialmente como baliza para la actuación del buen administrador, al mostrarle el camino a seguir, con el objeto de concretar los fines en virtud de los que la legislación le otorga el poder.

Sin embargo, en la doctrina española hay quien identifica una cierta «pérdida por la ley de su capacidad reguladora de la actividad administrativa, lo que dificulta un control judicial de la discrecionalidad conforme parámetros de estricta legalidad». Esta realidad se ha combatido, según DESDENTADO DAROCA, mediante la adopción de nuevas técnicas de control judicial y una aplicación más intensa de los principios generales de Derecho<sup>760</sup>.

DELGADO BARRIO corrobora esta idea al afirmar que el Tribunal Supremo se vale de todas las técnicas de control inherentes al Derecho administrativo, esforzándose

---

<sup>758</sup> Vid. T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *De la Arbitrariedad de la Administración*, cit., p. 126.

<sup>759</sup> Vid. T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *De la Arbitrariedad de la Administración*, cit., p. 126-127.

<sup>760</sup> Vid. E. DESDENTADO DAROCA, *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico*, en L. MARTÍN REBOLLO y R. O. BUSTILLO BOLADO (dir.), Thomson Aranzadi, Cizur Menor, p. 224



por encontrar elementos reglados, poniendo de relieve la importancia de la motivación e intensificando las posibilidades de control de la discrecionalidad<sup>761</sup>. No obstante, quiero aclarar que el ámbito de mi análisis se circunscribe a las técnicas de control específicas de la potestad de planeamiento.

La jurisprudencia revela con claridad el establecimiento de elementos muy objetivos de control. Sin embargo, me parece oportuno empezar destacando que el Tribunal Supremo ha consolidado el entendimiento de que la libertad de apreciación en los supuestos discrecionales no es ilimitada ni absoluta, sino que debe resultar de un proceso razonado e intelectual «en el que han de ser valoradas las circunstancias que puedan contribuir a que la decisión final se adopte con la mejor voluntad y buen criterio»<sup>762</sup>.

Al mismo tiempo, reconoce que el control que ejerce sobre las decisiones administrativas tiene límites, lo que le impide, al ejercer su función de control, sustituir a la Administración Pública en la tarea de ponderación de las circunstancias y de adopción de las correspondientes medidas. Este se debe a que, si así procediera, ofendería la separación de los Poderes del Estado<sup>763</sup>.

A pesar de ello, es cierto que el control judicial de la potestad de planeamiento opera en varios frentes, entre los que destacan las potestades de innovar en los planes parciales, de recalificar un suelo, de alterar tanto el régimen de especial protección de sitios como de los medios de ejecución de sus directivas, etc.

#### **4. Mecanismos de control de la potestad de planeamiento en España**

Si bien es cierto que el control que se ejerce sobre la potestad de planeamiento sigue, *a priori*, el mismo esquema básico que el de todas las otras

---

<sup>761</sup> Vid. J. DELGADO BARRIO, *El control judicial de la discrecionalidad administrativa en el planeamiento urbanístico*, en A. RENTERÍA AROCENA (dir.), *Urbanismo, Función Pública y Protecciones de Derechos Individuales*, Civitas, Madrid, 1998, p. 313.

<sup>762</sup> Vid. STS de 2 de marzo 2010 (Recurso de Casación n.º 7601/2005).

<sup>763</sup> Vid. STS de 2 de marzo 2010 (Recurso de Casación n.º 7601/2005).

potestades administrativas<sup>764</sup>, conforme reconoce BELTRÁN DE FELIPE<sup>765</sup> y ya he tenido ocasión de subrayar, no es menos verdadero que los tribunales españoles han perfeccionado, de forma paulatina, los mecanismos de control.

BAÑO LEÓN confirma esta premisa cuando reconoce que la jurisprudencia del «Tribunal Supremo ha aplicado al planeamiento urbanístico la doctrina dominante (GARCÍA DE ENTERRÍA) sobre las técnicas de control de discrecionalidad (fiscalización de los hechos; conceptos jurídicos indeterminados; desviación de poder; principios generales de derecho) subrayando la necesidad de que en todo caso la decisión del planeador esté debidamente justificada y sea congruente con los fines»<sup>766</sup>.

Asimismo, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina se advierten diversas vías de control propias de la potestad de planeamiento, cuyo examen más detallado será objeto del siguiente epígrafe, en el que abordaré los más destacados elementos de control de las opciones del planificador.

No obstante, me parece oportuno mencionar en este momento que BELTRÁN DE FELIPE concibe, de inicio, cuatro ejes de control, a saber, los principios de interdicción de la arbitrariedad (CE, art. 9.3), de razonabilidad, de racionalidad y de proporcionalidad<sup>767</sup>.

#### **4.1. El principio de la interdicción de la arbitrariedad.**

Uno de los más destacados límites constitucionales para todo el conjunto de las potestades públicas es el principio de interdicción de la arbitrariedad, consagrado en

---

<sup>764</sup> Vid. J. DELGADO BARRIO, *El control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico*, cit., p. 21 y 27.

<sup>765</sup> Vid. M. BELTRÁN DE FELIPE, *Discrecionalidad Administrativa y Constitución*, cit., p. 81.

<sup>766</sup> Vid. J. M. BAÑO LEÓN, *Derecho Urbanístico Común*, cit., p. 124.

<sup>767</sup> Vid. M. BELTRÁN DE FELIPE, *Discrecionalidad Administrativa y Constitución*, cit., p. 82.

la Constitución española en el artículo 9.3<sup>768</sup> y que, de acuerdo con GARCÍA DE ENTERRÍA, representa «una riqueza de patrones de enjuiciamiento»<sup>769</sup>.

A pesar de ello, la consagración de este principio no se vio libre de críticas. De cualquier forma, a mi modesto entender, su positivización debería bastar *per se* para acabar con toda controversia, puesto que, dado que el principio ya está consolidado en la Carta, según creo, lo que sí tiene sentido es ejercer un control sobre su interpretación y aplicación.

Sin embargo, no puedo dejar de mencionar que GARCÍA DE ENTERRÍA rechazó, oportuna y detenidamente, las críticas de algunos autores, especialmente las de RUBIO LLORENTE, para quien la prohibición de la arbitrariedad es un corolario del principio de igualdad ante la Ley, por lo que no se justifica su incorporación constitucional en cuanto principio autónomo. En su réplica, GARCÍA DE ENTERRÍA asevera que la ofensa al principio de igualdad es apenas uno de los elementos de la interdicción a la arbitrariedad<sup>770</sup>, pues esta está irreprochablemente vinculada a la idea de justicia material, lo que amplía su espectro de incidencia.

Asimismo, defiende que consiste en un elemento que proporciona una fiscalización judicial incondicional<sup>771</sup> «sobre el uso de los poderes administrativos objetivamente considerados»<sup>772</sup>, con una vocación de traspasar el control puramente formal que se ejerce sobre los aspectos competenciales, procedimentales y normativos<sup>773</sup>.

---

<sup>768</sup> C.E. Artículo 9.3 «La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos».

<sup>769</sup> Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *¿Es inconveniente o inútil la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad como principio constitucional? una nota*, Revista de Administración Pública, n. 124, 1991, p. 226.

<sup>770</sup> Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *¿Es inconveniente o inútil la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad como principio constitucional? una nota*, cit., p. 225.

<sup>771</sup> Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación Delegada, Potestad Reglamentaria y Control Judicial*, cit., p. 241.

<sup>772</sup> Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación Delegada, Potestad Reglamentaria y Control Judicial*, cit., p. 242.

<sup>773</sup> Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación Delegada, Potestad Reglamentaria y Control Judicial*, cit., p. 242.

Obviamente, se puede objetar, tal como en su tiempo lo hizo BENDA desde otra perspectiva, que tal principio no es un criterio seguro, puesto que se orienta por la noción de justicia que, por sí misma, es naturalmente una categoría política<sup>774</sup>.

Sin embargo, a mi modesto juicio, el hecho de que dicho principio pueda ser considerado un criterio político no exime de la decisión de pasar por las comprobaciones relativas a la motivación. Este elemento, una vez más, soterra la polémica, pues su revisión es factible a la luz del soporte fáctico indicado y de todos los principios constitucionales y generales del Derecho, entre los que se incluye la interdicción de la arbitrariedad. Dicho sea de otro modo, creo que la motivación es un componente objetivo capaz de conferir seguridad al proceso de fiscalización del ejercicio discrecional fundamentado en el principio de interdicción de arbitrariedad.

A este respecto creo que el pensamiento de BERTRÁN DE FELIPE viene en apoyo de mi entendimiento, cuando sostiene que lo que libra a una decisión de ser considerada arbitraria es que esté basada «en criterios —políticos, técnicos, económicos, sociales...— atendibles, razonables y proporcionados».<sup>775</sup> Por lo tanto, al planificador le cabe justificar suficientemente la decisión, invocando y comprobando en la motivación los criterios que concurrieron a su formación, así como la manera como fueron valorados, con el fin de que se pueda verificar si las opciones públicas resultaron de la aplicación de criterios de razonabilidad y proporcionalidad<sup>776</sup>, elementos de control puramente objetivos.

Una vez llegados a este punto, lo que resta es divisar dos situaciones que son confundidas en no raras ocasiones: las hipótesis de ausencia de motivación y los supuestos de motivación sucinta. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ las distingue mediante el criterio de su fundamentación, para lo que aclara que aunque sea sucinta, la motivación debe estar suficientemente fundamentada.<sup>777</sup>

---

<sup>774</sup> Vid. E. BENDA; W. MAIHOFFER; H. VOGEL; K. HESSE; W. HEYDE, *Manual de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2.ª ed., 2006, p. 499.

<sup>775</sup> Vid. M. BELTRÁN DE FELIPE, *Discrecionalidad Administrativa y Constitución*, cit., p. 83.

<sup>776</sup> Vid. M. BELTRÁN DE FELIPE, *Discrecionalidad Administrativa y Constitución*, cit., p. 125.

<sup>777</sup> Vid. T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *De la Arbitrariedad de la Administración*, cit., p. 81 y 84.

Tras estos esclarecimientos y ya en el exclusivo ámbito de la discusión del planeamiento urbanístico, tal principio opera, verbigracia, impidiéndole al planificador, cuando formula las bases de la ordenación de la ciudad, que desprecie, por ejemplo, las características esenciales del suelo o su especial caracterización como bien histórico o cultural. Igualmente, le impide que imponga cargas desproporcionadas u obligaciones injustificables a los propietarios.

El tema de la arbitrariedad está muy vinculado a la motivación de la Memoria del Plan, tal como reconoció la STS del 07 de junio de 2016 (RJ 2694/2016), al afirmar que «la potestad de planeamiento no está exenta de límites, entre los que el más significativo quizás sea la proscripción de la Arbitrariedad, y desde esta perspectiva cobra especial relieve la necesidad de motivación y el grado que resulta exigible en cada caso». Asimismo, la STS de 18 de octubre 2012 (Recurso de Casación n.º 1408/2010) hace hincapié en que dicha motivación representa «una garantía primaria frente a la arbitrariedad en las determinaciones del planeamiento».

Finalmente, tal y como se puede intuir, el principio de interdicción de la arbitrariedad sirve como baliza para el control de la adecuación de las prescripciones del plan a la realidad de los hechos.

#### **4.2. La igualdad ante las cargas públicas.**

La doctrina reconoce que unos de los principios más ensalzados por la jurisprudencia sobre el control de las potestades administrativas es el principio de igualdad ante la Ley (CE, artículo 14), lo que está íntimamente conectado con la interdicción de la arbitrariedad. MOZO SEOANE subraya sobre el mismo que «de pocos principios como este se puede predicar tan profundo arraigo en la consciencia jurídica general, en la vida jurídica»<sup>778</sup>, en aras de evitar que el ejercicio de una potestad discrecional implique tratamiento discriminatorio, y por lo tanto arbitrario, entre los administrados<sup>779</sup>.

---

<sup>778</sup> Vid. A. MOZO SEOANE, *La Discrecionalidad de La Administración Pública en España, Análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal, 1894-1983*, Montecorvo, Madrid, 1985, p. 522.

<sup>779</sup> Vid. A. MOZO SEOANE, *La Discrecionalidad de La Administración Pública en España, Análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal, 1894-1983, cit.*, p. 527.

En el desempeño de la función pública de ordenación del uso y ocupación del suelo, dicho principio se expresa por medio de la noción de igualdad frente a las cargas públicas. Gracias al mismo, es tarea de dicha función pública la corrección de las eventuales diferencias de tratamiento a los propietarios a raíz del plan (CE, artículo 9.2), ya sean las oriundas de las condiciones esenciales de los terrenos, o las que emanen de las opciones del planificador.

Por poner algunos casos de estas diferencias de tratamiento, el planificador debe buscar eliminar las desigualdades ocasionadas por la clasificación y calificación del suelo, por los distintos tipos de usos, aprovechamientos y facultades urbanísticas otorgadas. Además, debe hacerlo en obediencia al deber constitucional de tratamiento equitativo, del que resulta el principio de Derecho urbanístico de distribución equitativa de los beneficios y cargas derivados de los planes por medio de la previsión de mecanismos técnicos capaces de concretar este precepto.

Como se puede verificar en lo que MUÑOZ MACHADO resume con precisión, el planificador tiene como tarea «evitar que determinados ciudadanos sean tratados injustamente y otros beneficiados»<sup>780</sup>. No obstante, el propio autor reconoce lo difícil que es concretar tal tarea en un contexto esencialmente desigual como es el del planeamiento urbano<sup>781</sup>.

De ahí que se puedan identificar dos deberes que el principio constitucional de igualdad impone al planificador: en primer término, que hagan acto de presencia las razones de interés público que justifiquen el tratamiento desigual, es decir, el fundamento jurídico de la diferenciación de tratamiento, algo que debe efectuarse en la motivación de la Memoria del Plan<sup>782</sup>. Dichos fundamentos hacen posible un pleno control judicial de las opciones del planificador que puedan haber ocasionado una aparente distinción injustificada, premisa esta que la jurisprudencia corrobora en innumerables ocasiones.

---

<sup>780</sup> Vid. S. MUÑOZ MACHADO, *El Planeamiento Urbanístico*, Iustel, Madrid, 2009, 2.ª ed., p. 56.

<sup>781</sup> Vid. S. MUÑOZ MACHADO, *El Planeamiento Urbanístico*, cit., p. 57.

<sup>782</sup> La memoria del plan se puede definir resumidamente como el conjunto de los registros efectuados durante la fase de elaboración y que describe, entre otros, todos los procedimientos llevados a cabo, los datos recogidos, los registros de las audiencias públicas, las consideraciones técnicas.

En segundo lugar y como ya he destacado, el principio de igualdad determina que el planificador instituya mecanismos de equidistribución de los beneficios y cargas derivados de la planificación, es decir, de igualación del tratamiento de los titulares de las propiedades planeadas.

Al respecto de este tema, la jurisprudencia consolidada por el Tribunal Constitucional es destacada con precisión en la STC 164/2001, de 11 de julio, la cual enuncia que: «el mandato de equidistribución "en cada actuación urbanística" es la forma mínima y elemental de garantizar la igualdad entre propietarios. Las desigualdades en beneficios y cargas urbanísticas derivadas del planeamiento son tanto más patentes cuanto mayor es la proximidad y similitud física entre las distintas fincas».

A su vez, el Tribunal Supremo en la STS de 6 de octubre 2010 (Recurso de Casación n.º 2283/2006) reconoció tal principio una regla fundamental, conforme se puede comprobar, *ad litteram*, en el siguiente razonamiento:

«Hemos dicho en diversas ocasiones (Sentencias de 15 diciembre 1993, 23 julio 1994) que las Unidades de Actuación están especialmente indicadas para el suelo urbano y en toda clase de Planes, a fin de hacer equitativo el reparto de beneficios y cargas; de lo que se desprende que la Unidad de Actuación sigue al Plan cualquiera que sea su clase, pudiendo, además, ser delimitada en el mismo Plan o en trámite posterior; en cuanto a la regla fundamental, que es la equitativa distribución de los beneficios y las cargas del planeamiento, para que pueda prosperar una pretensión de anulación no basta la simple invocación de la quiebra de dicho principio, sino que es necesario que la parte que la alegue acredite la desigualdad de trato respecto de los demás propietarios de terrenos».

Obviamente, no basta con alegar el tratamiento desigual, puesto que, tal como se desprende del fallo, la ofensa al principio del reparto equilibrado de los beneficios y cargas urbanísticos debe ser probada mediante dictamen pericial en el que se demuestre: (1) en qué consisten las coincidencias de hecho y (2) cómo operan las diferencias de Derecho, por lo que no es suficiente la mera exposición de la contrariedad personal y la valoración subjetiva del propietario afectado.

FERNÁNDEZ TORRES, al analizar la STS de 27 de mayo de 2015 (Recurso de Casación n.º 2678/2013), sintetiza cómo opera la igualdad en el planeamiento:

«[...] el principio de equidistribución forma parte de las condiciones básicas que han de garantizar la igualdad de todos en el ejercicio del derecho de propiedad y, como tal, en tanto que principio general del urbanismo, vincula no sólo en la fase de ejecución sino además en la de planeamiento, sin que la Administración disponga de libertad absoluta para distribuir los beneficios y cargas derivados del mismo del modo que estime más oportuno»<sup>783</sup>.

Ahora bien, recalca que tal principio no opera eficazmente frente a toda y cualquier decisión administrativa, para lo que aclara que «lo que es decisivo es la justificación y la motivación, o la ausencia de ambas, y la proporcionalidad o no de las cargas que los propietarios estén obligados a soportar»<sup>784</sup>.

#### **4.3. La obligatoriedad de presentación de la Memoria del Plan.**

Como he subrayado previamente, uno de los elementos esenciales en el ejercicio de cualquier potestad administrativa es su motivación, la cual cumple las funciones de garantizar el control integral del acto y de concretar la garantía del sometimiento del Estado a la legalidad.

La potestad de planeamiento también está sujeta al cumplimiento de este deber, particularmente, cuando se considera su peculiar e intensa carga de discrecionalidad, como bien subraya DELGADO BARRIO, quien asevera que, en razón de ello, «en este ámbito la motivación ha de tener también una especial intensidad»<sup>785</sup>

Una de las maneras de cumplir tal deber, en el ámbito del planeamiento, es mediante la presentación de la «Memoria del Plan», la cual consiste, como ya he

---

<sup>783</sup> Vid. J. R. FERNÁNDEZ TORRES, *El Principio de Equidistribución en la Fase de Planeamiento. A propósito de la importante STS de 27 de mayo de 2015*, Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación, n.º 34, 2015, p. 187.

<sup>784</sup> Vid. J. R. FERNÁNDEZ TORRES, *El Principio de Equidistribución en la Fase de Planeamiento. A propósito de la importante STS de 27 de mayo de 2015*, cit., p. 187.

<sup>785</sup> Vid. J. DELGADO BARRIO, *El control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico*, cit., p. 44.



adelantado, en el conjunto de los registros efectuados durante la fase de elaboración, acerca de los procedimientos realizados y los datos recogidos, así como, también, de las ponderaciones técnicas y las motivaciones de las opciones administrativas. En resumen, es la cabal justificativa del plan, un documento de carácter hermenéutico al mismo tiempo que motivador e incluso probatorio, del que forman parte un sinnúmero de documentos técnicos.

Es decir, dicho documento debe explicitar todos los elementos fácticos y técnicos, incluidos los jurídicos, que concurrieron tanto a la formación de las prescripciones del plan como a la identificación del interés general que privilegia. Además, conforme señala DELGADO BARRIO, debe contener el análisis de las distintas alternativas posibles y justificar la elección del modelo territorial a la postre elegido<sup>786</sup>.

Gracias a la memoria se puede fiscalizar la adecuación de las opciones del planificador a la situación de hecho de los terrenos contemplados por el plan, así como si las soluciones adoptadas son las menos gravosas para los intereses intervinientes y, también, si la correspondiente valoración administrativa (el juicio de ponderación) es proporcional, razonable y racional. Es decir, la memoria le proporciona al fiscalizador elementos objetivos revisables mediante los métodos clásicos de control antes citados.

No obstante, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ reconoce que «durante mucho tiempo, la Memoria ha sido considerada como un simple ejercicio literario carente de valor jurídico. La jurisprudencia del Tribunal Supremo más reciente ha rectificado de forma enérgica este punto de vista en el marco de su doctrina»<sup>787</sup>.

En la actualidad, esta situación es diferente ya que la jurisprudencia reconoce su importancia, haciendo de la memoria un importante instrumento de control de las opciones del planeamiento. En efecto, el Tribunal Supremo ha consolidado la tesis según la cual, «la naturaleza normativa de los Planes y su profunda

---

<sup>786</sup> Vid. J. DELGADO BARRIO, *El control judicial de la discrecionalidad administrativa en el planeamiento urbanístico*, en A. RENTERÍA AROCENA, *Urbanismo, función pública y protecciones de Derechos individuales*, cit., p. 38. En este mismo sentido, vid. J. M. TRAYTER JIMÉNEZ, *Derecho Urbanístico de Cataluña*, cit., p. 59.

<sup>787</sup> Vid. T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Manual de Derecho Urbanístico*, 2008, cit., p. 65.

discrecionalidad requiere como elemento interpretativo esencial su justificación a través de la Memoria del Plan» (STS de 1 de julio de 2015 – RJ 2015/2996)<sup>788</sup>.

A este propósito y a modo de ejemplo, vale la pena examinar la STS de 14 de mayo 2010 (Recurso de Casación n.º 2098/2006) que declaró que había lugar al recurso de casación interpuesto en nombre y representación del Ayuntamiento de Cizur Mayor y de la Comunidad Foral de Navarra contra una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra. En el recurso se impugnaba la legalidad de la decisión del planificador, referente a la clasificación del suelo en litigio como suelo no urbanizable.

De forma resumida, el fallo casó y anuló la Sentencia recurrida y reconoció que la clasificación del suelo efectuada por el Plan Municipal de Cizur Mayor, además de ser resultado de la potestad discrecional, fue legítima pues «el contenido de la Memoria del Plan demuestra efectivamente que se trata de suelo caracterizado como no urbanizable por su inadecuación para el desarrollo urbano, incluido en la categoría de suelo de mediana productividad agrícola o ganadera». Así, consideró la Sentencia que «la decisión no resulta arbitraria porque aparece justificada y motivada».

Efectivamente, la Sentencia señala con posterioridad que:

«Este juicio sobre la adecuación, en lo que se refiere al artículo 9.2 “*in fine*” de la Ley 6/1998, participa de la naturaleza propia de la decisión discrecional y, por tanto, sujeta a control jurisdiccional por los tradicionales medios de control de este tipo de actividad».

De todo ello se puede concluir sin mayor esfuerzo, que el Tribunal permite analizar la amplitud del ejercicio de la discrecionalidad mediante el parámetro del juicio de ponderación de los múltiples intereses privados y públicos intervinientes, los cuales deben estar expresados en la Memoria del Instrumento de Planeamiento<sup>789</sup>.

---

<sup>788</sup> En este caso específico, se trataba de un recurso contencioso-administrativo en el que se impugnaba un acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid (19/02/2012), en el que se aprobó la Modificación Puntual del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid de 1997, posibilitando el incremento de la edificabilidad de determinados terrenos. El fallo del TSJ de Madrid estimó el recurso y anuló la modificación, sentencia esta que, a su vez, fue confirmada por el Tribunal Supremo.

<sup>789</sup> Vid. STS de 14 de mayo 2009 (Recurso de Casación n.º 3225/2005).

No se puede dejar de reconocer que, tal vez, este sea el fundamento más certero para cualquier estudio tanto sobre la discrecionalidad del planeamiento como sobre el control de los objetivos perseguidos por el plan, especialmente, con base en la doctrina de los vicios de los juicios de ponderación<sup>790</sup>.

De hecho, el análisis del conjunto de informaciones de las que dispone la Administración Pública acerca de las demandas sociales vinculadas al uso del suelo urbanístico, así como de los servicios y equipamientos públicos en él implantados y, también, de las elecciones resultantes, deben guardar relación lógica con la capacidad de soporte del suelo y con la reserva impuesta por la preservación medio ambiental, histórica y patrimonial administrativa.

Al mismo tiempo, y vistas las cosas desde otra óptica, las elecciones administrativas que constituyan una libertad creadora (las opciones administrativas innovadoras) deben estar en sintonía con el tipo de política pública consagrada por el plan y con la capacidad de soporte urbano, en un igual ejercicio de justa ponderación.

Destaco, finalmente, la STS de 5 de mayo 2015 (Recurso de Casación n.º 1861/2013), la cual, al apreciar un recurso interpuesto contra el fallo del TSJ del País Vasco, lo estimó procedente y declaró la nulidad del Plan General de Ordenación de Guipúzcoa, en lo referente a la declaración de fuera de ordenación del terreno en litigio y su cesión como equipamiento público. El Tribunal, tras examinar la Memoria del Plan, aseveró la inexistencia de «una explicación bastante sobre la conveniencia, oportunidad o racionalidad de afectar un edificio privado —destinado a uso residencial— a un futuro equipamiento comunitario que no se sabe con exactitud cuáles es».

Además, afirmó que no se estaba «ante una cuestión de prueba, sino en presencia de un problema situado en un estadio anterior, la ausencia de suficiente justificación en la memoria —material y formal— sobre el drástico cambio de uso para la finca Itxaropena afectada por la nueva ordenación». Esta premisa demuestra cabalmente la importancia del contenido de la Memoria del Plan y su carácter

---

<sup>790</sup> Vid. H. J. WOLF; O. BACHOF; R. STOBER, *Direito Administrativo*, cit., p. 476.

justificador de las opciones públicas, sobre todo, cuando el ejercicio de la potestad supone una merma para el privado.

Por último, la doctrina consolidada por el Tribunal Supremo está perfectamente resumida en la STS del 26 de febrero de 2010 (Recurso de Casación n.º 282/2006) la cual subraya acerca del contenido de la motivación expresada en la Memoria de los Planes, *ipsis verbis*:

«la jurisprudencia de esta Sala viene declarando desde antiguo la importancia de la Memoria de los instrumentos de ordenación urbanística [véanse los artículos 12.1.c) y d), 38, 58, 74.1.a), 75, 77, 95.1, 96.1 y 97.1 del Reglamento de Planeamiento], que ha de reflejar en primer término las alternativas posibles, analizándolas después mediante la toma en consideración de sus ventajas e inconvenientes, para justificar, finalmente, la decisión por la que se opta; se ha hablado, así, de la necesidad esencial de la Memoria, como elemento fundamental para evitar la arbitrariedad (sentencias de 9 de julio de 1991 o 13 de febrero de 1992 )» (Sentencia de esta Sala de 26 de julio de 2006 dictada en el recurso de casación n.º 2393 / 2003).

Por otro lado, en lo referente a la extensión de las justificaciones que contiene, razona lo siguiente, *ad litteram*:

«Ahora bien, constatado el papel estelar de la Memoria cuando se trata de controlar la discrecionalidad del planeamiento, y teniendo en cuenta la incuestionable exigencia de justificación y motivación de las alteraciones del planeamiento en que forzosamente se concreta en la Memoria, debemos añadir lo siguiente. La motivación concreta y específica de cada determinación del plan no puede ser realizada con la exhaustividad que postula la parte recurrente y que se deriva de los motivos invocados. En definitiva, ha de ser una justificación de trazos gruesos que preste cobertura a las específicas líneas y pliegues concretos de la reforma, de manera que estos sólo adquieran sentido y significado por referencia a aquella.

En este sentido venimos declarando, respecto de la infracción del artículo 38 del Reglamento de Planeamiento y 54 de la Ley 30/1992 que ahora se nos invoca, que "siendo cierto que la Memoria no necesita contener "una

detallada especificación, reforma por reforma, de todas las variaciones en que el Plan incide, ya que las Memorias únicamente marcan las líneas maestras de lo que ha de ser el planeamiento a que se refieren, sin descender a particularidades" (así, y por todas, en las sentencias de este Tribunal Supremo de fechas 7 de noviembre de 1991, 2 de enero de 1992, o 1 de septiembre de 1993), no lo es menos que de ella, o de esas líneas maestras, debe fluir una motivación reconocible como tal de las determinaciones del planeamiento (ver en este sentido las sentencias de este Tribunal de fechas 9 de julio de 1991, 20 de diciembre de 1991 o 13 de febrero de 1992)» (STS de 4 de abril de 2007 dictada en el recurso de casación n.º 6657/2003).

#### **4.4. La fuerza normativa de lo fáctico – El control de los hechos determinantes**

En materia de urbanismo, la realidad de los hechos es una significativa fuente de control, algo que se expresa mediante la verificación de si la decisión del planificador respeta «las características y condiciones reales del territorio sobre el que va a operar su voluntad ordenadora»<sup>791</sup>

Los hechos determinantes actúan en dos frentes. En primer lugar, se busca comprobar la efectiva existencia de la realidad fáctica invocada por el planificador, es decir, «la existencia o exactitud de los hechos sobre los que la decisión se funda»<sup>792</sup>. En un segundo momento, se verifica si las decisiones del planificador están en consonancia con las características reales del suelo sobre el que inciden o, mejor dicho, si las decisiones guardan relación de coherencia con las situaciones que el plan contempla de hecho, so pena de que sus prescripciones sean consideradas irracionales.

Esto es tanto así, que parte de la doctrina urbanística reconoce que lo que se denomina fuerza normativa de lo fáctico constituye un principio vinculante para las decisiones del planificador, algo que también es conocido como principio de la vinculación situacional o principio de la dependencia de la situación. Este se traduce en

---

<sup>791</sup> Vid. E. DESDENTADO DAROCA, *Discrecionalidad Administrativa y Planeamiento Urbanístico. Construcción teórica y análisis jurisprudencial*, cit., p. 370.

<sup>792</sup> Vid. J. M. TRAYTER JIMÉNEZ, *El Control del Planeamiento Urbanístico*, cit., p. 429.

que la clasificación de los terrenos debe realizarse no solo en función de su ubicación y calidad, sino también según su inserción en la naturaleza y el paisaje<sup>793</sup>.

Esta consagración de las peculiaridades del suelo como determinantes de su utilización no es privativa de España, ya que, según CORREIA, también es privilegiada con el mismo grado de importancia en las doctrinas y jurisprudencias portuguesa, alemana e italiana, las cuales entienden que el acto clasificatorio de un suelo debe atender a sus características naturales.<sup>794</sup> Gracias a ello, hay una significativa reducción de la discrecionalidad del planificador, pues no le es permitido alejarse de las características propias de los terrenos contemplados en la planificación.

Según DESDENTADO DAROCA, en caso que no haya relación de coherencia entre la realidad de los hechos invocada y la medida adoptada por la Administración Pública, la decisión es necesariamente irracional<sup>795</sup>.

La fuerza normativa de los hechos o, haciendo abstracción de las peculiaridades del urbanismo y enfocando el tema desde el punto de vista del Derecho administrativo, la realidad de los hechos, nada más representa que el clásico control de los hechos determinantes. Una decisión administrativa que contraríe o sea incoherente con la base fáctica sobre la que incidirá y que no invoque una comprobada razón de interés público, es esencialmente arbitraria y, por ende, contraria al Derecho.

En este sentido, la STS de 25 de febrero del 2016 (RJ 2016/791) reconoce que la clasificación del suelo es una materia esencialmente reglada y considera que es suelo urbano consolidado todo aquel que cuente con todos los servicios típicos de la calificación urbanística establecida por el Plan.

De hecho, el Tribunal Supremo suele entender que la clasificación del suelo urbano constituye una actividad reglada y que en dicha clasificación se incluye el suelo

---

<sup>793</sup> Vid. F. ALVES CORREIA, *O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade*, cit., p. 323-327.

<sup>794</sup> Vid. F. ALVES CORREIA, *O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade*, cit., p. 327.

<sup>795</sup> Vid. E. DESDENTADO DAROCA, *Discrecionalidad Administrativa y Planeamiento Urbanístico. Construcción teórica y análisis jurisprudencial*, cit., p. 370.

que tiene «los servicios urbanísticos exigidos por la Ley o que está en área consolidada»<sup>796</sup>.

También es ejemplo de esta doctrina la Sentencia de 22 de octubre del 2010 la cual, al decidir que no había lugar al recurso de casación en el que se controvertía sobre la clasificación de una finca litigiosa como suelo rustico de protección agraria, señaló *ipsis litteris*:

«[...] la clasificación de un terreno como tal suelo urbano depende del hecho físico de la urbanización o consolidación de la edificación, de suerte que la Administración queda vinculada por una realidad que ha de reflejar en sus determinaciones clasificatorias. Se trata de un imperativo legal que no queda al arbitrio del planificador que ha de definirlo en función de la realidad de los hechos».

A partir de los términos de la sentencia no cabe duda de que el Tribunal Supremo considera que la clasificación del suelo no puede alejarse de las condiciones del lugar en los que se insiere (naturales o artificiales). En otras palabras, el Tribunal consagró el entendimiento de que la realidad de los hechos tiene fuerza vinculante para la planificación.

Esta interpretación sobre el reconocimiento de los atributos naturales del suelo queda perfectamente configurada cuando el fallo enuncia: «la finca posee capacidades agronómicas suficientes para su puesta en explotación agrícola», así como cuando arguye que «la potencialidad agrícola del terreno justifica su clasificación y categorización. Sólo cuando no se acredite razón alguna para la inclusión del suelo como rustico, podrá ser clasificado como urbanizable».

Las citas demuestran que el Tribunal reconoce los atributos naturales del suelo como factores determinantes de su clasificación en el Plan y limitadores de la potestad planificadora. En efecto, su decisión se realizó tras considerar la potencialidad agrícola del suelo —atributo que le es natural— y su capacidad de ser explotado —situación de hecho—.

---

<sup>796</sup> Vid. STS de 30 de abril 2009 (Recurso de Casación n.º 3986/2005).

Este reconocimiento de la vinculación del planificador en virtud de las características esenciales del suelo está directamente relacionado con la interdicción de la arbitrariedad, que aquí opera impidiendo que el Estado atribuya al suelo una clasificación que contraría sus características esenciales. En otras palabras, al planificador no le es dado cambiar la vocación natural de un terreno sin que incurra en una evidente arbitrariedad, a menos que se invoque una razón de interés público. Esto supone un parámetro muy interesante a efectos de control.

Aún en este mismo contexto de análisis, en la STS de 03 de julio 2009 (Recurso de Casación n.º 909/2005), la cual trató un caso en el que la clasificación del suelo fue alterada desde una categoría de no urbanizable de especial protección a otra de suelo urbanizable con finalidades residenciales, se acomete un examen de la desclasificación del suelo y de su método de control. En este ejemplo en concreto, lo que podría haber sido entendido como potestad discrecional perdió fuerza frente a lo que establecía la hoy derogada Ley 6/1998, de 13 de abril, en su art. 9.1.<sup>a</sup>, puesto que en él se protegían los valores intrínsecos de los terrenos, ya fueran ellos paisajístico-ambientales, arqueológicos o históricos.

Lo que queda claro es que el reconocimiento de la existencia de tales valores es un poder-deber de la Administración, pues la tarea de protegerlos deriva de la Ley hasta tal punto, que determina apropiadamente su utilización urbanística mediante su exacta clasificación, hipótesis esta en la que no se puede hablar de opción.

Dando continuidad a este mismo entendimiento, el fallo declaró que no había lugar al recurso de casación que impugnaba la Sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, precisamente, por el hecho de reconocer esta característica de la potestad de planificación cuando contempla terrenos poseedores de atributos especiales.

Señaló la sentencia que el cambio de la clasificación del suelo —de no urbanizable especialmente protegido a urbanizable— demanda una justificación específica y fundamentada, en la que se demuestre y compruebe por qué no subsiste el motivo para el mantenimiento de la especial protección.



De la misma forma que en las anteriores hipótesis, es posible concluir que el principio de la vinculación situacional es un factor determinante para el control de la potestad planificadora. La innovación radica en que, al tratarse de terrenos con especiales características naturales, artísticas o históricas, hay normativas específicas de aplicación, por lo que no hay razones para el debate.

Otro importante campo de aplicación del control de la realidad de los hechos es la protección de conjuntos históricos. En este sentido, véase lo que aseveró la STS de 21 de abril 2010 (Recurso de Casación n.º 1492/2006), *in verbis*:

«[...] la revisión jurisdiccional a la actuación administrativa se extenderá en primer término a la verificación de la realidad de los hechos para, en segundo lugar, valorar si la decisión planificadora discrecional guarda coherencia lógica con aquellos, de suerte que cuando se aprecie una incongruencia o discordancia de la solución elegida con la realidad que integre su presupuesto, tal decisión resultará viciada por infringir el ordenamiento jurídico y más concretamente el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos».

Importa destacar que, en este caso concreto, se trataba de la impugnación de una Orden de la Consejería de Fomento de la Junta de Castilla y León, del 20 de enero del 2003, mediante la que se aprobó una modificación del Plan Especial del Centro Histórico de Burgos, que afectaba el nivel de protección de determinados edificios del patrimonio arquitectónico y cultural de la ciudad.

El recurso interpuesto por el Ayuntamiento de Burgos fue desestimado por el Tribunal Supremo bajo el fundamento de que «es reglada la catalogación porque, si hay elementos protegibles, la Administración necesariamente debe conferir al inmueble el nivel o grado de protección idóneo o adecuado a sus características, de forma análoga o equivalente a lo que sucede con el suelo de especial protección».

Hay que recordar que la aplicación de la teoría de los hechos determinantes con el objeto de posibilitar el control de la discrecionalidad no es de uso exclusivo en

supuestos de preservación arquitectónica ni, tampoco, en supuestos de Derecho urbanístico, sino que pertenece a la teoría general del control de la actividad pública. Por ello, se entiende que sirvieron de base a la decisión y fueron invocados como motivos de su adopción en la forma y oportunidad en que fueron ejercidos.

Sobre la base de la jurisprudencia que he mencionado, resulta claro que los contornos no son diferentes de los que se ejercen en dicha teoría general, a pesar de que estaban pautadas por peculiaridades urbanísticas: se examinan los antecedentes de hecho, se fijan los motivos invocados y, a partir de los mismos, se compara el acto controlado judicialmente y sus efectos en el mundo jurídico, teniendo como referencia, sobre todo, la protección constitucional de la prohibición de la arbitrariedad.

Finalmente, acerca de esta teoría de los hechos determinantes es pertinente resumirla con la frase acuñada en la STS 276/1992, de 20 de enero 1992 (Recurso de Apelación n.º 616/1986): «los hechos son tal como la realidad los exterioriza. No le es dado a la Administración inventarlos o desfigurarlos aunque tenga facultades discrecionales para su valoración».

En este mismo contexto de análisis de los hechos determinantes surgen dos importantes subprincipios de control: el de la proporcionalidad y el de la racionalidad, los cuales operan posibilitando el control sustantivo del uso de la potestad<sup>797</sup>. Es decir, el Tribunal, tras revisar los antecedentes de hecho (base fáctica de actuación —STS 1458/2010—) y contrastarlos con el ejercicio de la potestad discrecional de planeamiento, valora si tanto los mismos como la decisión administrativa guardan relación de pertinencia, de proporcionalidad y de razonabilidad.

En la hipótesis se pretendía, de forma indirecta, la anulación del Plan General de Ordenación Urbana de Puçol de 1995. Concretamente, lo que se solicitaba era que se dejase sin efecto una calificación de uso industrial de un suelo (un almacén), para lo que se aducía como fundamento que «el uso debía ser exclusivamente el residencial», invocándose para ello una supuesta desviación de poder.

---

<sup>797</sup> Vid. STS 02 de marzo 2010 (Recurso de Casación n.º 7601/2005).

Además, se alegó que la sentencia recurrida vulneraba los artículos 103.1, 106.1 y 9.3 de la Constitución Española, en lo pertinente a la legalidad e interdicción de la arbitrariedad de los Poderes Públicos.

Sin embargo, el análisis del caso concreto demostró que, de acuerdo con las conclusiones del Tribunal, no se había producido la alegada desviación de poder, sino una perfecta acomodación de la realidad de hecho a la finalidad perseguida por la norma. Del fallo se desprende que el Tribunal consideró que el desvío de poder en la esfera del planeamiento urbanístico tiene lugar cuando la Administración, al ejercitar su potestad, se aparta de la finalidad de la norma, persiguiendo otros motivos, aun cuando estos se enmascaren.

Más recientemente la STS del 24 de julio del 2014 (RJ 2014/204618) consignó que:

«[...] el carácter reglado del suelo urbano lleva a unas consecuencias inexorables, tanto desde una vertiente positiva como desde una vertiente negativa; y, del mismo modo que dicho carácter reglado obliga necesariamente a clasificar como tal el suelo que reúne condiciones legalmente establecidas, no procede dicha clasificación a falta de las indicadas condiciones: el carácter reglado de esta clase determina la improcedencia de que pueda ser clasificado como tal el que no alcanza a cumplir aquéllas; y no hay margen de discrecionalidad alguna a tal efecto, de manera que, por lo mismo, no puede ser considerado urbano el que no reúne las características requeridas para el fin».

#### **4.5. La exigencia de presentación del Estudio Económico-Financiero**

Por último, es importante destacar que una forma muy objetiva y efectiva de control de la potestad de planeamiento urbanístico consiste en la exigencia de presentación del Estudio Económico-Financiero. Es un componente documental que sirve de soporte a las prescripciones del plan, indicando las previsiones de gastos e inversiones exigidas, así como también las fuentes de financiación, con el fin de hacer

factibles las prescripciones del plan, cuyo alcance, como recuerda DESDENTADO DAROCA, difiere en función del tipo de plan<sup>798</sup>.

Ahora bien, con independencia del tipo de instrumento de planeamiento del que se trate, la doctrina jurisprudencial del Supremo Tribunal consagra de forma incontrovertible que el Estudio Económico-Financiero es un componente esencial del Plan (verbigracia, STS del 25 de febrero del 2015 - RJ 2015/821, STS del 23 de octubre del 2014 – RJ 2014/5828).

En efecto, la jurisprudencia en general considera que dicho estudio es un componente fundamental de los planes urbanísticos, así como que la justificación de la viabilidad económica y financiera debe ser suficiente, precisa y fiable. En razón de ello, hay que indicar, aunque sea de modo sucinto, los cálculos y las fuentes de financiación capaces de hacer posible la concreción de las previsiones del Plan.

Por poner un ejemplo, el Tribunal Supremo, al estimar el recurso de casación que impugnaba el Plan Especial de protección del patrimonio de Sabadell (PEPPS), aseveró que, en ese caso en particular, el plan debería haber indicado «los medios con los que cuenta la Administración para afrontar el coste de los beneficios fiscales, subvenciones, ayudas económicas, indemnizaciones expropiatorias, adquisiciones de bienes particulares objeto de catalogación o del ejercicio de los derechos de tanteo o retracto que se prevén» (STS de 25 de febrero de 2015 - RJ 2015/821).

También es un buen ejemplo la doctrina de la STS de 17 de septiembre 2010 (Recurso de Casación n.º 2239/2006. De forma resumida, en ese caso en concreto, el recurso defendía que no era necesaria la presentación del referido estudio porque: (1) se trataba de un Plan Especial de iniciativa privada; (2) su sistema de ejecución se daría por compensación; (3) no estaba prevista ninguna expropiación.

Sin embargo, el fallo consideró que no había lugar al recurso porque incluso cuando se trata de un Plan Especial, se ha de presentar el correspondiente estudio

---

<sup>798</sup> Vid. E. DESDENTADO DAROCA, *Discrecionalidad Administrativa y Planeamiento Urbanístico. Construcción teórica y análisis jurisprudencial*, cit., p. 362.

económico-financiero. Señaló, además, que tal estudio no consiste en un documento de elevada complejidad, sino en un documento capaz de: (1) indicar «las fuentes de financiación que pongan de manifiesto la viabilidad y seriedad de la actuación urbanística»; (2) comprobar la posibilidad económica de implementación de sus prescripciones (aporte financiero); (3) indicar los medios que serán utilizados para su ejecución (materialización de las realizaciones que prevé).

Como se puede percibir, la baliza de esa exigencia es, una vez más, el interés general, puesto que de nada sirve un plan cuyos preceptos no pueden ser ejecutados<sup>799</sup>. En consecuencia, la presentación del citado estudio es un requisito de cariz dual: formal y material.

Ahora bien, como he mencionado previamente, según la jurisprudencia del STS, el contenido del Estudio Económico-Financiero tiene que ser suficiente para hacer factibles las previsiones de gastos e inversiones supuestos en las prescripciones del Plan. En efecto, dicha doctrina se puso de manifiesto en la STS del 11 de febrero de 2016 (RJ 2016/897), la cual consideró que la insuficiencia de las previsiones económicas para soportar las prescripciones del Plan en litigio, en lo relativo a los gastos e inversiones, equivalía a la ausencia de tal estudio, motivo por el que declaró la nulidad del Plan impugnado.

Al respecto de la exigencia de presentación tanto del Estudio Económico-Financiero como de la Memoria del Plan, o sea, de su justificación documental, creo oportuna una última reflexión. La mencionada obligatoriedad y su integral sometimiento a la fiscalización judicial, puede traducirse al menos en teoría, en la debilitación de lo que algunos sectores de la doctrina suelen llamar componente utópico<sup>800</sup> de los planes, resultante, exclusivamente, de las abstracciones y buenas intenciones de los técnicos que configuran una planificación alejada de la realidad.

A mi modo de ver, la exigencia de una mínima demostración de la posibilidad económica de materialización del plan, mediante la indicación de las fuentes de recursos y de financiación, dos elementos que dotan de estructura a todas las

---

<sup>799</sup> Vid. STS de 5 de julio de 2010 (Recurso de Casación n.º 2674/2006).

<sup>800</sup> Vid. F. LÓPEZ RAMÓN, *Estudios Jurídicos Sobre Ordenación del Territorio*, cit., p. 201.

prescripciones que pretende, garantiza la posibilidad de su concreción y le confiriéndole un fuerte componente de realidad y alejándolo de los horizontes de la utopía.

#### **4.6. La evaluación ambiental estratégica**

Cuando de lo que se trata es de la protección al medio ambiente, surgen de inmediato dos consideraciones que, a primera vista, podrían parecer antagónicas. Por un lado, es indudable que muchas de las opciones urbanísticas pueden producir, en mayor o menor medida, impactos negativos en distintos ámbitos del medio ambiente. A pesar de ello y por otro lado, la planificación urbanística puede contribuir eficazmente a dicha protección, así como promover el desarrollo sostenible<sup>801</sup>, mediante la adopción de modelos de desarrollo menos dañinos que, por ejemplo, en vez de arrasar nuevos emplazamientos y provocar una innecesaria devastación, aprovechen mejor las zonas de la ciudad ya urbanizadas, mediante su densificación.

Además y también a título de ejemplo, puede prever a mi juicio, instrumentos no solo para la contención de los daños y la regeneración del emplazamiento, sino también métodos de compensación ambiental para aquellas actividades que sean potencialmente perjudiciales para el medio ambiente y que conlleven la posibilidad de provocar riesgos de degradación medioambiental.

En España, a partir del TRLS 1976, de 9 de abril, la legislación urbanística considera «como uno de los cometidos del planeamiento urbanístico municipal», el establecimiento de medidas destinadas a proteger el medio ambiente, doctrina esta que se fue perfeccionado en las legislaciones subsiguientes. Esta realidad llevó a BASSOLS COMA a afirmar que «la legislación urbanística positiva nos anuncia, por lo tanto, una conexión entre la planificación urbanística y el medio ambiente por remisión a la legislación específica reguladora de esta última materia»<sup>802</sup>.

---

<sup>801</sup> En este mismo sentido de que la vocación del planeamiento puede constituir un instrumento de protección medioambiental, (vid. M. BASSOLS COMA, *La planificación urbanística y su contribución al desarrollo urbanístico sostenible*, en J. ESTEVE PARDO, *Derecho del Medio Ambiente y Administración Local*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2006, p. 677).

<sup>802</sup> Vid. M. BASSOLS COMA, *La planificación urbanística y su contribución al desarrollo urbanístico sostenible*, cit., p. 678.

Ahora bien, cabe destacar que este escenario de protección ambiental en el contexto urbanístico experimentó un significativo impulso con la transposición al Derecho español, del Derecho comunitario consagrado en la Directiva 2001/42/CE, algo que se materializó en la Ley n.º 9/2006, de 28 de abril. Esta ley estableció que, en el procedimiento de elaboración de los planes y programas, así como en sus modificaciones, debían evaluarse los efectos en el medio ambiente ocasionados por los mismos. Posteriormente, esta ley fue sustituida por la Ley n.º 21/2013, de 9 de diciembre, que regula la evaluación ambiental y que, en su artículo 6, se ocupa de la evaluación ambiental estratégica.

Desde el punto de vista material, el procedimiento de evaluación ambiental estratégica tiene como finalidad fundamental, la identificación de los posibles daños causados por las previsiones del plan, o por sus modificaciones<sup>803</sup>, sus implicaciones y extensión. Es un procedimiento en el que, por lo tanto, tiene cabida «evaluar y ponderar los efectos cumulativos, directos, sinérgicos e indirectos de cada una de las actuaciones derivadas de la urbanización»<sup>804</sup>. Asimismo, desde el punto de vista instrumental, le compete establecer las vías de prevención o disminución de tales daños<sup>805</sup>.

De todo ello se hace patente que el procedimiento de evaluación ambiental estratégica es un importante condicionante de la libertad de planificación, pues al tener carácter preceptivo<sup>806</sup>, debe guiar las opciones con repercusión ambiental que el planificador lleve a cabo, algo que representa una restricción a la libertad de configuración del territorio sobre el que incidirá el instrumento de planeamiento.

La jurisprudencia, sobre todo la del Tribunal Supremo, ha reconocido dicha evaluación como un elemento indispensable de los planes urbanísticos y programas; asimismo, ha sabido valorar los supuestos de alteración parcial en los que debe tener lugar, tal y como ilustra la siguiente doctrina extraída de la STS, de 25 de mayo de 2016 (Recurso de Casación 714/2015), *in verbis*:

---

<sup>803</sup> Artículo 6.1 de la Ley 21, de 9 de diciembre de 2013, en la que se regula la evaluación ambiental.

<sup>804</sup> Vid. J. R. FERNÁNDEZ TORRES, *La evaluación ambiental estratégica de planes y programas urbanísticos*, cit., p. 21.

<sup>805</sup> De acuerdo con lo que se establece en el Artículo 5.2 de la Ley 21/2013.

<sup>806</sup> El carácter preceptivo de la declaración ambiental estratégica y del informe ambiental estratégico, ambos documentos destinados a concluir la evaluación ambiental estratégica está definido en el artículo 5.2, incisos d y e, de la Ley 21/2013.

«cuando las modificaciones menores (definidas en el artículo 2.h de la propia Ley) se prevea que pueden tener efectos significativos en el medio ambiente, se han de someter a evaluación ambiental si el órgano ambiental considera, caso por caso o especificando tipos de planes o programas, que deben ser objeto de evaluación ambiental, y en el caso enjuiciado, como hemos visto al examinar el precedente motivo de casación, el órgano ambiental ha entendido que la Modificación Puntual del Plan General acordada por el Consistorio municipal no debe ser objeto de evaluación ambiental, tesis acogida por la sentencia recurrida en aplicación de lo declarado por esta Sala y Sección del Tribunal Supremo en su sentencia de fecha 9 de junio de 2012 (recurso de casación 3946/2008 )».

Además, dicho tribunal no se limita al análisis de los aspectos formales de dicho procedimiento, es decir, si se realizó o dejó de hacerse y, también, si cabe hacerlo o no. Avanza sobre los aspectos materiales examinando si, de hecho y substancialmente, el estudio se llevó a cabo con adecuación a sus finalidades. Dicho sea de otro modo, del análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo se puede extraer que examina si se invocaron y evaluaron comparativamente las distintas alternativas consideradas por el planificador, así como el método que utilizó para conformar los fundamentos de la evaluación ambiental estratégica.

Esto es lo que se puede inferir de la STS de 28 de octubre de 2015 (Recurso de Casación n.º 1346/2014), en la que figura, *ad litteram*:

«En definitiva, la completa falta de estudio comparativo de las alternativas razonables, técnica y ambientalmente viables, así como de exposición de la denominada alternativa cero, hacen incurrir al PGOU de Marbella en la nulidad pretendida, al haberse prescindido de la preceptiva EAE, así como de la Memoria ambiental consecuente, efectuadas conforme a las prescripciones de la Ley 9/2006 y de la Directiva 2001/42/ CE en que se inspiran (...)».

En consecuencia, no basta con presentar cualquier estudio de los impactos negativos que la planificación provoca en el medioambiente, sino que es necesario que



se ponga de manifiesto que la evaluación contempló las alternativas factibles de carácter técnico y ambiental, así como que las mismas fueron suficientemente contrastadas y comparadas.

Finalmente, es necesario decir que la evaluación ambiental no es tan solo un elemento condicionante de la actividad planificadora, pues, desde el punto de vista del particular afectado, «dicho resultado debe contribuir a poner en claro las responsabilidades, obligaciones y deberes de los distintos sujetos intervinientes en el ulterior proceso de ejecución del planeamiento urbanístico»<sup>807</sup>.

#### **4.7. Eficiencia en la ocupación de suelo**

En primer lugar, es oportuno aclarar que en este apartado no voy a tratar de la eficiencia en cuanto mecanismo de valoración del sistema económico, motivo por el que no abordaré los múltiples aspectos que asume la eficiencia en las distintas teorías económicas. Mi análisis versará sobre el modo en el que la actuación de los Poderes Públicos puede (y debe) ser eficiente en la conducción del proceso urbano, particularmente, en el planeamiento urbanístico, no solo en interés de la economicidad de las elecciones públicas, sino más bien, en aras de favorecer el desarrollo sostenible a partir de una utilización más racional y provechosa de las variables contempladas por el planeamiento (suelo, equipamientos urbanos, infraestructura de servicios, etc.).

En este sentido es importante señalar que la preocupación con la protección medioambiental y, por ende, con el desarrollo sostenible, ha contribuido durante los últimos años a vertebrar la noción del urbanismo sostenible, el cual se vuelca en la promoción del bienestar y de la dignidad de los habitantes de la ciudad, así como en proporcionar un mejor aprovechamiento de los recursos tanto naturales como artificiales, con el propósito de posibilitar una mejor calidad de vida.

Como corolario a este modelo, la noción de eficiencia en la ocupación y uso del suelo de la ciudad se puede traducir, por ejemplo, en un uso racional del espacio que invariablemente se rija por la optimización de lo preexistente, en la recuperación de las

---

<sup>807</sup> Vid. J. R. FERNÁNDEZ TORRES, *La evaluación ambiental estratégica de planes y programas urbanísticos*, cit., p. 143.

zonas degradadas y en la densificación o compactación de la ocupación, de manera que se evite, tanto como sea posible, una innecesaria expansión urbana. Además, la noción de la eficiencia combate, entre muchos otros aspectos, la infrautilización de los equipamientos urbanos, la expansión de las redes de infraestructura para la atención de áreas aisladas y, sobre todo, la degradación ambiental y la innecesaria conversión de suelos rurales en espacios urbanos. Tal como se puede notar, en la noción del uso eficiente del suelo no prevalece el fundamento de economicidad pura y dura, sino más bien, la preocupación con la racionalidad de la ocupación y del aprovechamiento de las infraestructuras urbanas ya consolidadas.

Este tema es de tanta relevancia y actualidad que, en el año 2015, gracias a una iniciativa de las Naciones Unidas, se celebró el Año Internacional de los Suelos, en un intento de llamar la atención sobre la necesidad de implantar buenas prácticas de utilización, conservación y recuperación del suelo. En este contexto, como es evidente, se incluyen las parcelas del suelo en las que se sitúan las ciudades. Por su parte, la Unión Europea no se ha mantenido al margen: ha desarrollado innumerables estudios acerca del tema, entre los que se puede mencionar, por ejemplo, uno de los más recientes: *Soil resource efficiency in urbanised areas. Analytical framework and implications for governance*, publicado en el año de 2016<sup>808</sup>.

El ordenamiento español tampoco se ha mostrado indiferente a este movimiento, y, de hecho, tampoco podría hacerlo en virtud de lo dispuesto en el art. 45.2 de la Constitución, donde se establece como deber de los Poderes Públicos «velar por la utilización racional de todos los recursos naturales» y, como es obvio, el suelo se incluye entre los mismos. Asimismo, el art. 31.2 dicta que el gasto público debe responder a los criterios de economía y eficiencia, la cual fue definida por PAREJO ALFONSO como una «subespecie de la eficacia, que incorpora la perspectiva de la relación medios-objetivos para prescribir el óptimo de la misma, siendo posible también diferenciar tipos de eficiencia según el criterio material que emplee para la fijación de la relación óptima»<sup>809</sup>.

---

<sup>808</sup> Vid. <https://www.eea.europa.eu/publications/soil-resource-efficiency>. Fecha de acceso: 23/12/2016.

<sup>809</sup> Vid. L. PAREJO ALFONSO, *La eficacia como principio jurídico*, DA, n.º 218/219, T. II *Administración y Constitución*, *El Principio de Eficacia*, INAP, Madrid, 1989, p. 19. Hay quienes interpretan la eficiencia desde una perspectiva muy restrictiva que se centra en su aspecto económico, para definirla como la obtención del «mayor beneficio con el mínimo costo», tal y como describe CASALMIGLIA (vid. A.

Dicho sea de otro modo, la eficiencia es un mandato que debe pautar los distintos ámbitos de actuación de los Poderes Públicos, de modo que debe expresarse en cada uno de ellos de acuerdo con sus especificidades, con parámetros de control propios. En el contexto urbanístico, el desarrollo legislativo de tales prescripciones se materializa, a día de hoy, mediante el vigente TRLSRU/2015<sup>810</sup>, que explicita como uno de los principios rectores de la política del suelo, el uso eficiente del mismo (art. 2.3) y atribuye a los Poderes Públicos la tarea de promoverlo.

Según dicha norma, las variables que se deben compaginar con la transformación urbanística son, precisamente, el desarrollo sostenible y, en consecuencia, la preservación medioambiental, la utilización racional del suelo, la protección del medio rural y, como es obvio, el interés general, tal como se puede comprobar en el enunciado del artículo, *ad litteram*:

Artículo 2. Principio de desarrollo territorial y urbano sostenible.

1. Las políticas públicas relativas a la regulación, ordenación, ocupación, transformación y uso del suelo tienen como fin común la utilización de este recurso conforme al interés general y según el principio de desarrollo sostenible, sin perjuicio de los fines específicos que les atribuyan las Leyes.

2. En virtud del principio de desarrollo sostenible, las políticas a que se refiere el apartado anterior deben propiciar el uso racional de los recursos naturales armonizando los requerimientos de la economía, el empleo, la cohesión social, la igualdad de trato y de oportunidades, la salud y la seguridad de las personas y la protección del medio ambiente, contribuyendo en particular a:

a) La eficacia de las medidas de conservación y mejora de la naturaleza, la flora y la fauna y de la protección del patrimonio cultural y del paisaje.

---

CALSAMIGLIA, *Justicia, eficiencia y optimización de la legislación*, DA, n.º 218/219, T. II *Administración y Constitución, El Principio de Eficacia*, INAP, Madrid, 1989, p. 114 y 115). Con todo, el mismo autor afirma que «la propuesta de la teoría económica de utilizar el criterio de eficiencia para el estudio de problemas jurídicos puede servir para ampliar el universo del discurso jurídico y evitar el reduccionismo normativista» (ídem, p. 144) e, incluso, para reducir la tendencia de la legislación a reflejar subjetivismos y meras intuiciones (*ibídem*, p. 145).

<sup>810</sup> El TRLS de 2008 también mencionaba el uso eficiente del suelo en su art. 2.2.

b) La protección, adecuada a su carácter, del medio rural y la preservación de los valores del suelo innecesario o inidóneo para atender las necesidades de transformación urbanística.

c) La prevención adecuada de riesgos y peligros para la seguridad y la salud públicas y la eliminación efectiva de las perturbaciones de ambas.

d) La prevención y minimización, en la mayor medida posible, de la contaminación del aire, el agua, el suelo y el subsuelo.

3. Además de lo dispuesto en el apartado anterior, los poderes públicos propiciarán la consecución de un medio urbano que esté suficientemente dotado, en el que se ocupe el suelo de manera eficiente, y en el que se combinen los usos de forma funcional, garantizando, en particular:

a) La movilidad en coste y tiempo razonable, sobre la base de un adecuado equilibrio entre todos los sistemas de transporte, que, no obstante, otorgue preferencia al transporte público y colectivo y potencie los desplazamientos peatonales y en bicicleta.

b) La accesibilidad universal, de acuerdo con los requerimientos legales mínimos, de los edificios de uso privado y público, de los espacios de uso público y de los transportes públicos.

c) El uso eficiente de los recursos y de la energía, preferentemente de generación propia, así como la introducción de energías renovables.

d) La prevención y, en todo caso, la minimización en la mayor medida posible, por aplicación de todos los sistemas y procedimientos legalmente previstos, de los impactos negativos de los residuos urbanos y de la contaminación acústica.

La persecución de estos fines se adaptará a las peculiaridades que resulten del modelo territorial adoptado en cada caso por los poderes públicos competentes en materia de ordenación territorial y urbanística.

4. Los poderes públicos promoverán las condiciones para que los derechos y deberes de los ciudadanos establecidos en los artículos siguientes sean reales y efectivos, adoptando las medidas de ordenación territorial y urbanística que procedan para asegurar un resultado equilibrado, favoreciendo o conteniendo, según proceda, los procesos de ocupación y transformación del suelo.

Una interpretación apresurada podría hacer creer que el control de la eficiencia se cumple a partir de la fiscalización de otros elementos de más fácil definición, en virtud de, por ejemplo, su evidente conexión con la preservación medioambiental, cuyo control se opera a día de hoy mediante un mecanismo propio.

No obstante, a mi juicio se trata de un nuevo límite a la potestad de planeamiento y, por lo tanto, una nueva vía de control con peculiaridades que no se ajustan a las tradicionales. En otras palabras: ya no basta con que las opciones públicas de planificación de la ciudad estén avaladas por una motivación fáctico-jurídica suficiente (memoria del plan), que presenten fuentes económicas aptas para su implementación (estudio económico financiero), que sean ambientalmente factibles (evaluación ambiental estratégica).

También es imprescindible que contemplen usos y ocupaciones del suelo sistémicas que privilegien la utilización racional de todos los recursos naturales y urbanísticos (infraestructura de servicios, equipamientos, viales, etc.), respondiendo a criterios de economicidad y eficiencia, de forma que se evite el *urban sprawl* (crecimiento difuso y discontinuo de la ciudad)<sup>811</sup>, la degradación medioambiental innecesaria y la infrautilización de las estructuras de servicios y equipamientos urbanísticos existentes.

A primera vista, la definición de lo que es eficiente en el ámbito del urbanismo puede parecer complicada, aunque la verdad es que, al considerar que el punto de partida para su configuración consta en el propio artículo 3.2 de la TRLS/2015, las variables que manejan los técnicos permiten hacerlo sin mayores dificultades. La interpretación sistemática de la norma sugiere que una utilización eficiente del suelo debe compaginar, necesariamente, los valores medioambientales, económicos y sociales, donde la compacidad es un concepto correlato.

Por decirlo con otras palabras, el uso de los recursos naturales, la distribución de los equipamientos, la ubicación de los servicios públicos y la atribución de usos para cada zona, entre otros aspectos, deben obedecer a un criterio de

---

<sup>811</sup> Vid. L. LÓPEZ TRIGAL, *Diccionario de términos sobre la ciudad y lo urbano*, cit., p. 362-363.

racionalidad diferenciado que suponga un consumo eficiente del suelo, mediante la compacidad de su ocupación, la integración entre las zonas, el uso adecuado y efectivo de las estructuras de servicios públicos existentes y, finalmente, la adopción de opciones generadoras de economicidad. A mi modo de ver, las elecciones públicas deben atenderse, por lo tanto, a un modelo adecuado, funcional, utilitario y justificable.

CASTELAO RODRÍGUEZ subraya que dicho principio determina la racionalización de todo el proceso urbanizador, supone la dotación suficiente y funcional de las infraestructuras y servicios, así como la racionalidad en el empleo de los recursos y la combinación de los usos<sup>812</sup>. Desde una perspectiva diferente, RUEDA PALENZUELA afirma que «aumentar la eficiencia del sistema urbano es la condición necesaria para la formulación del urbanismo ecológico, la condición suficiente se logra desarrollando escenarios de «máxima» habitabilidad urbana para las personas y los organismos que allí viven»<sup>813</sup>.

En función de todos estos argumentos, el *jus variandi* típico del urbanismo se aleja definitivamente de meros criterios políticos o del archiconocido «porque sí» técnico, al exigirse no solo una motivación suficiente, sino que, dando un paso más allá, también sea eficiente. En este punto y según creo, el principio de eficiencia consiste, por lo tanto, en un avance en el control de la discrecionalidad de planeamiento al proporcionar una baliza objetiva y, en teoría, de constatación factible.

Consecuentemente, al imaginar una situación hipotética, la cual podría consistir en que al planificador se le presentara una demanda social de incremento de la oferta habitacional y hubiera dos posibilidades entre las que elegir: rehabilitar una antigua zona de utilización mixta (residencial y comercial) o crear una nueva zona residencial, la libertad de elección ya no sería tan amplia. En un raciocinio sin ninguna pretensión técnica, pero que sí aplica rigurosamente la totalidad de las disposiciones del artículo 2.3 de la TRLS/2015, la opción administrativa tendría que regirse, de manera eficiente, por las variables allí enunciadas (mejor resultado económico de la inversión,

---

<sup>812</sup> Vid. J. CASTELAO RODRÍGUEZ, en H. SÁNCHEZ GOYANES, *Ley del Suelo, Comentario sistemático de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo*, La ley/El Consultor de Ayuntamientos, Madrid, 2007, 1.ª ed., p. 160.

<sup>813</sup> Vid. S. RUEDA PALENZUELA, *El urbanismo ecológico*, Disponible en: <http://urban-e.aq.upm.es/articulos/ver/el-urbanismo-ecol-gico/completo>. Fecha de acceso: 26/12/2016.

menor impacto medioambiental, mejor nivel de compacidad de la urbe y de cohesión social, mejor utilización de los equipamientos y servicios públicos), además de que tendría que presentar la correspondiente justificación técnica.

Por lo que se puede concluir a partir de un examen de la jurisprudencia, el desarrollo de este tema ya se está llevando a cabo en este sentido que acabo de subrayar. En efecto, la compacidad en la ocupación del suelo da la ciudad, concepto correlato al de la eficiencia en la ocupación del suelo, es invocada por el T.S.J. Castilla-León en la STSJ de 2 de noviembre de 2016 (Recurso Contencioso-Administrativo n.º 69/2014), que la utilizó explícitamente como uno de los mecanismos de control. Es lo que se concluye del siguiente razonamiento, *in verbis*:

«De lo que ha quedado expuesto en los fundamentos anteriores, puede concluirse que la modificación impugnada no se ajusta a los principios de desarrollo sostenible que acabamos de citar, dado que no existe suficiente justificación de los nuevos desarrollos urbanos que se proponen, una vez descartada la necesidad de incrementar el número de viviendas, rompiéndose además, el modelo de ciudad compacta , lo que pone de relieve la sentencia de instancia, cuando razona que "sino que se trata de que el sector que se vaya a clasificar linde en dicha superficie con otros que ya estén previamente clasificados, solo de esa manera se cumple la finalidad de crecimiento compacto, afirmación que resulta dudosa para la clasificación que nos ocupa, baste por otro lado apreciar que del propio Plano 3 hoja 1 de la propia Modificación, donde se evidencia que el planeamiento en Ávila nunca se ha producido el crecimiento hacia el sur, sino hacia este y menos en forma de apéndice como el que se ha realizado..."»

(...)

«Por tanto, no cumpliendo en el presente caso la clasificación de esos nuevos cuatro sectores de suelo urbanizable el requisito y/o presupuesto de que responda a una demanda de suelo para uso residencial, ello bastaría para no tener que entrar en el examen de los demás argumentos reseñados por las Administraciones, demandada y codemandada, para defender la clasificación como suelo urbanizable de estos nuevos cuatro sectores. Pero en todo caso, la creación de esos cuatro nuevos sectores no responde verdaderamente a un modelo de ciudad compacta por cuanto que si bien es verdad que esos nuevos cuatro sectores se ubican en huecos existentes dejados por la

construcción de las rondas, también lo es que esos nuevos cuatro sectores de suelo urbanizable generaría un crecimiento mucho más hacia los extremos, como lo corrobora su situación geográfica, lo que no concuerda bien con el concepto de ciudad compacta». [Subrayado de mi autoría].

Lo que se puede percibir sin mayores dificultades en esta hipótesis, es el avance en la materia que realiza el tribunal al examinar la propia morfología urbana generada por el planeamiento controvertido en la demanda, con fundamento en la teoría de la compacidad urbana, que además de ser un aspecto general del desarrollo sostenible es, en la misma medida, corolario de la eficiencia en la ocupación del suelo.

El recurso interpuesto frente a esta sentencia fue desestimado por el Tribunal Supremo en la STS de 17 de junio de 2015 (Recurso de Casación n.º 3367/2013) de la cual se extrae el siguiente razonamiento, *in verbis*:

«La recepción del principio de desarrollo territorial y urbano sostenible en la Ley estatal 8/2007, de suelo, y en el Texto refundido vigente, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, pretende desplazar la tradicional concepción desarrollista impulsora de un crecimiento urbano ilimitado por otra que lo controle, insistiendo en la regeneración de la ciudad existente, frente a las nuevas transformaciones de suelo, si bien partiendo de la premisa de que desde la legislación estatal no se puede imponer un determinado modelo urbanístico».

«El preámbulo de la Ley, que se apoya expresamente en la Estrategia Territorial Europea y en la Comunicación de la Comisión sobre una estrategia temática para el medio ambiente urbano, expresamente señala que se «propone un modelo de ciudad compacta y advierte de los graves inconvenientes de la urbanización dispersa y desordenada».

«Este mandato se traduce en la definición de un conjunto de objetivos muy generales, cuya persecución debe adaptarse «a las peculiaridades que resulten del modelo territorial adoptado en cada caso por los poderes públicos competentes en materia de ordenación territorial y urbanística» (art. 2.2)».

«La realización efectiva del principio de desarrollo territorial y urbano sostenible y los derechos y deberes enunciados en el título I, Ley de 2008, se consigue mediante la definición de unos criterios básicos de utilización del



suelo (art. 10), que son otros tantos mandatos dirigidos a las administraciones públicas y, en particular, a las competentes en materia de ordenación territorial y urbanística.»

Este mismo razonamiento ha sido adoptado por el Tribunal Supremo en distintas oportunidades, tal como se infiere de la doctrina consagrada en la STS 3793/2016 (Recurso de Casación n.º 1608/2014), que estimó el recurso contencioso administrativo en el que se controvertía la Resolución de fecha de 10 de marzo de 2011, del Director General de Urbanismo, mediante la que se aprobó la Modificación de la Trama Urbana Consolidada (TUC) del municipio de Mataró.

De la sentencia se extrae, *ipsis litteris*:

«Los estudios y evaluaciones realizados ponen de manifiesto que la mayoría de las autorizaciones otorgadas durante los períodos en que ha sido vigente esta excepción ha servido para amparar más de la mitad del total de las licencias aprobadas, dejando de ser la excepción prevista en la Ley para convertirse en norma, lo cual conculca y desvirtúa las razones imperiosas de interés general en que se fundamenta el Decreto ley 1/2009 y convierte el principio general de implantación de establecimientos comerciales dentro de la TUC de los municipios en que se basa esta norma en la excepción. La protección y priorización de las implantaciones dentro de la TUC se fundamenta en un modelo de urbanismo comercial basado en la ocupación y la utilización racional del territorio, que permite un desarrollo sostenible evitando la dispersión con el fin de reducir la movilidad y evitar desplazamientos innecesarios que incrementen la contaminación atmosférica, tanto derivada del tránsito inherente a la implantación de determinado tipo de establecimientos comerciales, como de la congestión de las infraestructuras públicas, y la multiplicación y encarecimiento de los servicios públicos. Este modelo de ciudad compacta que la aplicación práctica de la excepción ha evidenciado que pone en peligro, también tiene su fundamento a nivel comunitario en las conclusiones de la reunión de Postdam en relación con la estrategia territorial europea para un desarrollo equilibrado y sostenible, que promulga que se debe moderar el consumo del suelo, y su utilización racional, fomentando directa o indirectamente la utilización eficiente de las áreas urbanas (mixtura de usos en un mismo

espacio urbano) y, en su caso, la renovación y rehabilitación de los tejidos urbanos, de forma que la demanda de más espacio para la vivienda y las actividades económicas se limite sólo a aquella parte que no pueda tener cabida en las áreas urbanas existentes. La normativa de equipamientos comerciales regulada en el Decreto ley 1/2009 tiene como finalidad mantener los rasgos fundamentales de nuestro modelo comercial mediterráneo en plena sintonía con las declaraciones programáticas de la Unión Europea en materia de urbanismo comercial. Estas razones imperiosas de interés general en que se fundamenta el Decreto ley 1/2009 se ven gravemente perjudicadas por la aplicación de la excepción prevista en el apartado b) del punto 3 y segundo párrafo del punto 4 del artículo 9 del mencionado Decreto ley, en la medida en que se ha demostrado que fomenta la creación de áreas especializadas fuera de las ciudades, en lugar de consolidar barrios compactos con mixtura de usos dentro de la trama urbana consolidada del municipio, y, por lo tanto, generando efectos indeseables como la dispersión de la urbanización fuera de la ciudad compacta, incrementando los desplazamientos innecesarios fuera de ésta, con la consecuente sobrecarga de las vías de comunicación y emisión de gases nocivos a la atmósfera, y, en determinados casos, el empobrecimiento de la vida urbana, dado que el desplazamiento de las actividades comerciales al exterior de la ciudad puede producir una desertización en las plantas bajas o edificios del centro urbano con su consecuente deterioro. Así, las razones que justifican su derogación responden a la necesidad de proteger el impacto en el territorio y el entorno, en el medio ambiente y en la movilidad». [Subrayado de mi autoría].

El fallo no solamente alude al modelo de ciudad compacta, sino que se remite, literalmente, a la necesidad de que la ocupación de las áreas urbanas responda a criterios de eficiencia, mediante el privilegio de la compacidad de la ciudad y, por ende, del consumo racional del mismo. La decisión está en completa sintonía con las orientaciones generales de la Unión Europea. Esto representa, a mi modo de ver, un claro limitador a las opciones públicas, así como un elemento de control de cariz puramente objetivo y fiscalizable mediante prueba pericial.

Las fuentes de comprensión de los criterios técnicos típicos del desarrollo sostenible y, por lo tanto, de la utilización eficiente del suelo son profusas, tal y como se

puede extraer de algunos documentos administrativos de distintos organismos del Poder Público Español disponibles en internet. Con el propósito de ilustrar esa premisa, me parece oportuno mencionar el documento que elaboró la Agencia de Ecología Urbana de Barcelona titulado *Sistemas de indicadores y condicionantes para ciudades grandes y medianas*<sup>814</sup>, en el que se define:

«Tras el análisis comparado de diversos sistemas urbanos, el modelo urbano que mejor se ajusta al principio de eficiencia urbana y habitabilidad urbana es la ciudad compacta en su morfología, compleja en su organización, eficiente metabólicamente y cohesionada socialmente».

«El urbanismo ecológico adopta este modelo tanto en la transformación de tejidos existentes como en el diseño de nuevos desarrollos urbanos. El modelo urbano más sostenible recoge un enfoque sistémico de la relación ciudad-medio y los elementos que lo componen. Se estructura en ocho ámbitos que, a su vez, se insertan dentro de los cuatro objetivos básicos del urbanismo sostenible: la compacidad, la complejidad, la eficiencia y la estabilidad».

«La eficiencia es el eje relacionado con el metabolismo urbano, es decir, con los flujos de materiales, agua y energía, que constituyen el soporte de cualquier sistema urbano para mantener su organización y evitar que sea contaminado. La gestión de los recursos naturales debe alcanzar la máxima eficiencia en el uso con la mínima perturbación de los ecosistemas».

Asimismo, el Plan de Indicadores de Sostenibilidad Urbana de Vitoria-Gasteiz afirma que uno de sus objetivos es la «eficiencia del sistema urbano», además de destacar:

«El nuevo modelo urbano sostenible recoge un enfoque sistémico de la relación ciudad-medio y de los elementos que lo componen. Se estructura en siete ámbitos que a su vez, responden a cuatro ejes fundamentales: la compacidad, la complejidad, la eficiencia y la estabilidad».

---

<sup>814</sup> Disponible en: [http://www.fomento.gob.es/NR/rdonlyres/3093A86A-128B-4F4D-8800-BE9A76D1D264/111504/INDI\\_CIU\\_G\\_Y\\_M\\_tcm7177731.pdf](http://www.fomento.gob.es/NR/rdonlyres/3093A86A-128B-4F4D-8800-BE9A76D1D264/111504/INDI_CIU_G_Y_M_tcm7177731.pdf). Fecha de acceso: 11/11/2016.

En consecuencia, a mi modesto entender, la ocupación eficiente del suelo es un significativo parámetro técnico objetivo, limitador de la potestad de planeamiento y, por consiguiente, una importante fuente de control judicial que se puede implementar, tal como se puede extraer de la jurisprudencia antes mencionada, mediante el análisis de la motivación del planeamiento, de las justificaciones técnicas y jurídicas que integran la Memoria del Plan.

## **CAPÍTULO V**

### **RÉGIMEN DEL PLANEAMIENTO URBANO EN BRASIL: UNA LECTURA CONSTITUCIONAL Y LEGAL**

#### **1. Consideraciones iniciales**

De todo lo que he sopesado hasta este momento, resulta evidente que la actividad administrativa discrecional en la formulación del planeamiento urbano no solo no es perniciosa o evitable, sino que es absolutamente imprescindible. En teoría, gracias a la misma es posible garantizar que la regulación se aproxime tanto como sea posible a las demandas de la colectividad en todas sus expresiones, mediante el ejercicio de ponderación de los derechos individuales y colectivos intervinientes, en un juicio que se rige por la proporcionalidad y la racionalidad.

De hecho, estoy convencida de que la discrecionalidad es una de las maneras más acertadas de detallar y concretar el interés público, ya que es inconcebible que la legislación pueda contemplar o precisar todo el universo de las demandas sociales. Dicho sea de otro modo, no cabe la posibilidad de que el legislador prevea en un único instrumento que sirva de referencia verificadora, ni la totalidad de las hipotéticas demandas o situaciones de adecuación de intereses y derechos discrepantes, ni los mecanismos de corrección y adaptación más eficaces para cada nueva realidad.

De hecho, parece pertinente recordar que, en el ámbito del ordenamiento jurídico, el soporte fáctico de las normas urbanísticas, dada la plasticidad de su objeto —la ciudad—, es uno de los que está más sujeto a variaciones, según he destacado con profusión en la primera parte de esta investigación.

No soy ajena los riesgos que conlleva la actividad, aunque hay que decir que no difieren de los que se verifican en toda potestad administrativa, por lo que están sometidos, de igual modo, a la fiscalización judicial legitimada por los pilares del constitucionalismo contemporáneo. Este, *per se*, proporciona múltiples mecanismos para su control, además de contar con los elementos técnicos presentes en la legislación

de desarrollo, capaces de situar a la fiscalización dentro de un ámbito de actuación muy objetivo.

En consecuencia, el control judicial, por un lado, puede ser un valioso instrumento de corrección de los hipotéticos vicios de los que pueda adolecer la potestad de planeamiento urbano, haciendo que se someta a sus inherentes patrones de legalidad y promoción del interés público.

Por otro lado, debo admitir que, en los supuestos en los que se cuestionan las elecciones acometidas en el ámbito del planeamiento urbanístico, es necesario mantener ciertas reservas acerca de la intervención judicial. El propósito de ello es el de evitar que, a raíz de la misma, se produzca un ilegítimo desplazamiento de la arbitrariedad, así como una verdadera usurpación de la titularidad de la función pública de planificar, algo que además se llevaría a cabo en ausencia de toda técnica.

En otras palabras, hay que evitar que, a pretexto de controlar una supuesta arbitrariedad administrativa, se dé lugar a una verdadera arbitrariedad judicial no sujeta a control alguno<sup>815</sup>, realidad esta no infrecuente y cuyos efectos pueden ser aún más nefastos que los que se pretenden enmendar. La solución es la templanza, si bien su logro en el ámbito de las potestades no resulta tarea fácil.

Para fundamentar mi convicción me parece oportuno transcribir literalmente la siguiente reflexión de RIVERO:

«O esforço do juiz para reduzir o poder discricionário esbarra com obstáculos crescentes nos novos domínios da acção administrativa: urbanismo, orientação da economia, ordenação do território etc. nestes domínios, regras demasiado constrangedoras envolvem o risco de

---

<sup>815</sup> Sobre este tema, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ menciona una reflexión surgida en Alemania, según la cual, «si toda la teoría de la discrecionalidad se reduce a afirmar que, en último término, la distinción entre legalidad y oportunidad depende sólo del criterio particular y cambiante de los jueces, está justificado preguntarse quiénes son los jueces para enmendar la plana a la Administración, que, amén de contar con más y mejores medios de ello para adoptar las cada vez más complejas decisiones que la vida colectiva requiere de continuo en la sociedad de nuestros días, cuenta con una legitimación popular, directa o indirecta pero cierta, de la que aquéllos carecen» (*vid.* T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *De la Arbitrariedad de la Administración*, *cit.*, p. 75).

comprometer a tomada em consideração da diversidade os casos particulares o da evolução dos factos»<sup>816</sup>.

Por supuesto, no se puede obviar la posición de SCHMIDT-ASSMANN acerca de que, en términos de discrecionalidad, «no se persigue, ni primordial y ni siquiera necesariamente, establecer nuevos parámetros para el control judicial de la actividad administrativa, sino ante todo formular reglas de comportamiento dirigidas a la propia Administración»<sup>817</sup>.

Ahora bien, en lo referente a este tema siempre va a operar una fuerza contrapuesta: al igual que es posible concebir o percibir eventuales vicios en la discrecionalidad de planeamiento, también cabe la idea de que, gracias a esta capacidad de elección de la Administración Pública, también es factible alcanzar con mayor precisión los intereses colectivos que, en su momento, no fueron primordiales para el legislador, así como aquellos de los que no era sabedor. Asimismo, la disminución de esta capacidad de actuación mediante un control judicial más intenso y carente de unas balizas claras y objetivas, puede resultar igualmente perjudicial para el interés público.

La realidad es que, a partir de estas reflexiones, se puede verificar que la gran cuestión radica en el hecho de que el administrador público, a diferencia tanto del juez como del legislador, tiene por obligación mantener un contacto directo con la comunidad y, a resultas de ello, conoce mejor su realidad, sus deficiencias, sus demandas, por lo que puede evaluarlas y darles respuesta de una forma más próxima a la realidad.

En contraste con lo anteriormente expuesto, el Poder Judicial, al afrontar una cuestión que contemple el análisis de las elecciones urbanísticas realizadas por el Estado, solo dispone de la posibilidad de examinar pareceres técnicos, sin contar con la necesaria experiencia práctica sobre los mismos, si bien sobre lo que tiene que pronunciarse es acerca de si una determinada elección administrativa u otra diferente, obedece los parámetros pautados por el interés público.

---

<sup>816</sup> Vid. J. RIVERO. *Direito Administrativo. cit.*, p. 96.

<sup>817</sup> Vid. E. SCHMIDT ASSMANN, *La Teoría General del Derecho Administrativo Como Sistema, Objeto y fundamentos de la construcción sistemática, cit.*, p. 225.

Esto puede conducir a que la arbitrariedad cambie peligrosamente de manos: en el afán de controlar al Administrador Público, entregamos al juez la atribución de decidir sobre la conformación de las políticas públicas de ordenación territorial, aunque sin proporcionarle el aparato del que aquel dispone y, por lo tanto, dejando que conduzca la situación de la manera que mejor le parezca y dentro de sus inherentes dificultades logísticas.

Otra reflexión que me parece que tiene cabida aquí es que el ámbito de intervención judicial en la revisión de los actos administrativos no puede ser tan intenso que llegue a lesionar el principio democrático. Es decir, a traicionar por consiguiente al elector, quien, a pesar de haber elegido a su representante para la conducción de las políticas públicas de ordenación territorial, puede ver como estas se sujetan a las elecciones del Poder Judicial, lo que acabaría por desvirtuar todo el sistema al que se vinculó mediante las urnas.

Conforme se puede advertir, son muchas las ponderaciones que se pueden hacer al respecto de la potestad de planeamiento y su peculiar ámbito de discrecionalidad. A este propósito y según entiendo, el precedente análisis del sistema español, a pesar de no haber sido exhaustivo, proporciona al menos una idea muy clara de la manera de erigir un régimen jurídico sobre la base, esencialmente, de la Norma Fundamental, lo que abarca desde la conformación de la potestad, muchas veces confundida con la noción de los límites, hasta el correspondiente sistema de control de su ejercicio.

Es más, conforme reconoce la mejor doctrina que he transcrito, es evidente el relevante papel que desempeñan los principios generales del Derecho, tanto en la interpretación de la regulación de tal potestad administrativa como en el ejercicio de su control. Asimismo, si bien es cierto que el control de la legalidad formal de los actos administrativos, por lo general, no presenta grandes dificultades<sup>818</sup>, esto no suele ocurrir en el caso del control de las opciones derivadas de juicios discrecionales.

---

<sup>818</sup> Creo relevante aclarar que en el tema del control de legalidad de la actividad administrativa por el Poder Judicial, ya se traten de competencias regladas o discrecionales, no despierta ninguna controversia en lo referente a su extensión, de modo que se admite que sea lo más amplia posible, en aras de evitar



En la misma línea de entendimiento, el estudio demuestra suficientemente de qué manera la regulación puede, a partir de los principios constitucionales, vertebrar dicho régimen y proporcionar mecanismos objetivos y seguros de control. Ahora bien, tampoco pretende suprimir la discrecionalidad de planeamiento, inclusive, dado que tal como la doctrina reconoce, es inherente la naturaleza misma del planeamiento, El propósito es el de proporcionar balizas de actuación que confieran a la actividad administrativa un carácter mínimamente objetivo y, por consiguiente, hagan posible un control más eficiente.

A pesar de la evidente importancia del reconocimiento de la conformación constitucional de la potestad de planeamiento urbano y de la vertebración de un efectivo sistema de control, que parta de los principios de la Carta Magna y se consolide en la regulación infraconstitucional, conforme he mencionado anteriormente, esto no es lo que sucede en Brasil a día de hoy, ni en el ámbito doctrinal ni en el jurisprudencial.

Esto no significa que no haya un régimen instaurado ni, tampoco, que la libertad de la que disponen los técnicos de la Administración Pública al planificar el uso y la ocupación de la ciudad sea infinita, idea que no encaja con la moderna teoría constitucional consagrada por el orden jurídico brasileño. Lo que simplemente significa es que, pese a que el avance resultante de la constitucionalización del uso y de la ocupación del territorio urbano sea indiscutible, el Derecho Urbanístico, en cuanto rama autónoma del Derecho, no goza del suficiente reconocimiento de los propios juristas.

De acuerdo con FERNANDES y ALFONSIN, tantos los juristas como los urbanistas y los habitantes de la ciudad desconocen el orden jurídico-urbanístico establecido por la Constitución Federal del país, especialmente, porque aún no es obligatorio que figure en los planes de estudios de los grados en Derecho y, también,

---

situaciones de ilegalidades y abusos sin que ello represente la vulneración de la separación constitucional de las funciones del Estado (en este sentido destaco, por ejemplo, la sentencia dictada por el Supremo Tribunal Federal en el recurso de *Agravo Regimental* n.º 963648, ponente Ministro DIAS TOFFOLI, sala 2, DJe 19/10/2016). Sirve de instrumento para este tipo de control la doctrina de la desviación o del exceso de poder, ejerciéndose el control irrestricto de la legalidad formal, incluso en los supuestos discrecionales. Por esta razón y también porque ya he tratado del tema con antelación, no lo voy a afrontar en este capítulo, en el que me atenderé exclusivamente a las controversias jurisprudenciales sobre el control de las potestades públicas, en contraste, especialmente, con los preceptos de la Constitución.

dado que su desarrollo doctrinal no es significativo. En la visión de tales autores, tal circunstancia hace que el Poder Judicial resuelva demandas de cariz urbanístico haciendo uso de principios y conceptos de otras ramas del Derecho<sup>819</sup>, lo que, a mi juicio, acentúa el vacío existente en la producción de conocimiento sobre tal disciplina.

En efecto, el escenario brasileño demuestra que los profesionales del Derecho aún no han acometido ningún esfuerzo concreto por asumir su papel en el contexto de la ordenación urbana. Esto hace que los técnicos todavía se comporten como los exclusivos titulares del pleno dominio del proceso urbano, actuando como si no se dispusiese de contundentes balizas jurídicas. La explicación de las bases históricas o sociológicas de esta conducta administrativa no forma parte del ámbito de esta investigación, aunque, desde luego, su objetivo es poner de manifiesto cuál es el régimen constitucional y legal de la urbanización en Brasil, particularmente, cuáles son sus límites y la manera como el Poder Judicial puede fiscalizar la actividad urbanístico-administrativa.

La importancia de esta labor es evidente: en primer lugar, no se puede concebir que los mandatos constitucionales se interpreten como letra muerta, es decir, que carezcan de efectividad, sobre todo cuando son de aplicación inmediata. En segundo lugar, la delimitación de la actuación administrativa confiere seguridad jurídica tanto para el administrador como para los administrados, lo que equilibra el sistema jurídico y realza la esencia misma del sistema constitucional imperante, en el que existen tantos frenos como contrapesos.

Por último, la definición de los límites de la potestad de planeamiento urbano en Brasil, tal y como ya he subrayado, preserva bienes constitucionalmente protegidos (igualdad, propiedad, preservación medioambiental, histórica y cultural, libre empresa, etc.), ya que a ella le corresponde la definición de su contenido desde el punto de vista urbanístico. Tanto es así que la Ley n.º 10257/2001, más conocida como el *Estatuto de la Ciudad*, prescribe en su art. 1, que le compete regular el uso de la propiedad en pro del bien común, de la seguridad de los ciudadanos y del equilibrio

---

<sup>819</sup> Vid. E. FERNANDES y B. ALFONSÍN, *Coletânea de Legislação Urbanística – Normas Internacionais, Constitucionais e Legislação Ordinária*, Fórum, Belo Horizonte, 2010, 1.ª ed., p. 14.

medioambiental, mediante el establecimiento de normas de orden público e interés social.

El Supremo Tribunal Federal, al uniformizar la jurisprudencia constitucional, reconoce dicha atribución a la norma urbanística, pues ha fallado de forma reiterada, como es el caso del *Recurso Extraordinário* n.º 178836<sup>820</sup>, que el contenido económico del Derecho de propiedad —el *ius aedificandi*— es un derecho relativo sometido integralmente a la función social de la propiedad. Al ser así, su definición le corresponde a las normas de planeamiento urbanístico, tal como establece el artículo 182, *caput* de la Constitución.

Desde el punto de vista jurisprudencial, el control de la discrecionalidad de planeamiento urbanístico no obedece a un modelo específico reconocido y de aplicación recurrente, a ejemplo de lo que ocurre en España. Con todo, creo que es posible vertebrarlo a partir de la escasa jurisprudencia atinente a tal hipótesis, así como también de las técnicas generales de control de discrecionalidad administrativa admitidas por la jurisprudencia y la doctrina.

Ahora bien, al emprender este propósito, no se puede ignorar la advertencia que realiza el Superior Tribunal de Justicia en la sentencia dictada en el *Recurso Especial* n.º 302.906/SP, en el sentido de que no le compete al Poder Judicial diseñar las ciudades ni tampoco administrarlas, ya que lo que exclusivamente le toca es constituirse como «ingeniero del discurso jurídico». De cualquier forma, este discurso jurídico sí puede impactar negativa o positivamente en la organización de la ciudad, lo que acentúa la importancia del compromiso del juzgador con la técnica. Estas son las conclusiones de la mencionada sentencia, *ad litteram*:

---

<sup>820</sup> «CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. DIREITO DE CONSTRUIR. LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA. I - O direito de edificar é relativo, dado que condicionado à função social da propriedade: C.F., art. 5º, XXII e XXIII. Inocorrência de direito adquirido: no caso, quando foi requerido o alvará de construção, já existia a lei que impedia o tipo de imóvel no local. II. - Inocorrência de ofensa aos §§ 1º e 2º do art. 182, C.F. III. - Inocorrência de ofensa ao princípio isonômico, mesmo porque o seu exame, no caso, demandaria a comprovação de questões, o que não ocorreu. Ademais, o fato de ter sido construído no local um prédio em desacordo com a lei municipal não confere ao recorrente o direito de, também ele, infringir a citada lei. IV. - R.E. não conhecido». (*vid.* RE 178836, Ponente Min. CARLOS VELLOSO, sala 2, DJ 20-08-1999).

«O Judiciário não desenha, constrói ou administra cidades, o que não quer dizer que nada possa fazer em seu favor. Nenhum juiz, por maior que seja seu interesse, conhecimento ou habilidade nas artes do planejamento urbano, da arquitetura e do paisagismo, reservará a si algo além do que o simples papel de engenheiro do discurso jurídico. E, sabemos, cidades não se erguem, nem evoluem, à custa de palavras. Mas palavras ditas por juízes podem, sim, estimular a destruição ou legitimar a conservação, referendar a especulação ou garantir a qualidade urbanístico-ambiental, consolidar os erros do passado, repeti-los no presente, ou viabilizar a cidade sustentável.»<sup>821</sup>.

Atenta a estas consideraciones, lo que acometo a continuación es el análisis del régimen jurídico de la potestad de planeamiento urbanístico en Brasil y los correspondientes mecanismos de fiscalización. Dado que considero que la presente tesis ya cuenta con suficientes aportaciones constitucionales, el estudio que va a tener lugar a partir de este momento tiene el único propósito de verificar el modo como los tribunales brasileños llevan a efecto el control de discrecionalidad de las potestades públicas.

Destaco de antemano que, cuando el tema es la aplicación de las normas y principios constitucionales, el Poder Judicial no establece diferencias en el control que ejerce sobre la actuación de los Poderes Legislativo y Ejecutivo. Es importante aclarar este tema puesto que la regulación del planeamiento urbano demanda una Ley en sentido formal, motivo por el que los planes y las normas de eficacia plurisubjetiva necesitan ser aprobados legislativamente, tal y como voy a demostrar. La actuación del Poder Legislativo solo es dispensable en el caso del desarrollo de políticas públicas derivadas de normas preexistentes.

Sin embargo, debo adelantar que, prácticamente, no existe jurisprudencia sobre el control de discrecionalidad de planeamiento; de ahí que analizaré cómo se hace uso de los principios constitucionales que ya he puesto de manifiesto, en cuanto mecanismos de control de diferentes potestades públicas, y que, a mi juicio, también pueden ser aplicados a la potestad de planeamiento.

---

<sup>821</sup> *Vid.* Recurso Especial n.º 302.906/São Paulo, ponente ministro HERMAN BENJAMIN, sala 2, DJe 01/12/2010.

## 2. La competencia constitucional para legislar sobre urbanismo

Antes de empezar el estudio del régimen del urbanismo propiamente dicho, es imprescindible hacer un análisis del problema competencial. Brasil es una República Federativa<sup>822</sup>, una forma de Estado que se caracteriza, principalmente, por el reparto de poderes y, por lo tanto, de competencias entre los entes que lo integran —*União, Estados y Municípios*<sup>823</sup>—, algo que se dicta directamente en su Constitución, en la que quedan establecidas de forma exclusiva, compartida o concurrente.

En este sentido, el artículo 18 de la Constitución determina que la organización político-administrativa brasileña comprende la Unión, que es el poder central de la Federación, los Estados y los Municipios, garantizando a todos ellos su autonomía.

En la parte referente a la ordenación urbana, la Constitución Brasileña establece en su art. 21, inc. IX, que le compete a la *União*, es decir, al Gobierno Federal, «elaborar y ejecutar planes nacionales y regionales de ordenación del territorio y de desarrollo económico y social», así como «instituir directrices para el desarrollo urbano, incluso de vivienda, saneamiento básico y transporte urbano» (inc. XX). Además, en el art. 22 fijó como competencia exclusiva de la *União* legislar sobre Derecho civil y expropiación forzosa.

A continuación, en el art. 23 impuso como competencia compartida de todos los Entes de la Federación: 1) la protección del patrimonio histórico, artístico y cultural, los monumentos y los paisajes naturales notables, así como también de los parajes arqueológicos; 2) la protección integral del medio ambiente, incluso contra la polución en todas sus formas; 3) la promoción de programas de construcción de viviendas, de mejora de las condiciones habitacionales y del saneamiento básico.

---

<sup>822</sup> CF, «Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...)».

CF, «Art. 1 - La República Federativa de Brasil, formada por la unión indisoluble de los Estados y Municipios y del Distrito Federal, se constituye como Estado Democrático de Derecho y tiene como fundamentos: (...)».

<sup>823</sup> Como aclaración, en España dichos términos se corresponden aproximadamente a los de Estado, Provincias y Municipios.

Asimismo, el art. 24 de la Constitución prescribe que es competencia compartida entre todos los entes de la federación legislar sobre Derecho urbanístico, la defensa del suelo, la protección del medio ambiente, así como también del patrimonio histórico y cultural, entre otras materias<sup>824</sup>.

Al respecto de este esquema competencial, es absolutamente esclarecedora la doctrina consagrada en la Sentencia pronunciada en la acción directa de inconstitucionalidad n.º 478/SP<sup>825</sup>, en la que el Supremo Tribunal Federal dispuso que es de competencia municipal la promoción del adecuado ordenamiento territorial, por medio del planeamiento urbanístico, del control del uso y de la ocupación del suelo de la ciudad. Ahora bien, dicha competencia, según la Sentencia, se somete a las directrices impuestas por las legislaciones federal y estatal:

«Também a competência municipal, para promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano -- C.F., art. 30, VIII -- por relacionar-se com o direito urbanístico, está sujeita a normas federais e estaduais (C.F., art. 24, I). As normas das entidades políticas diversas -- União e Estado-membro -- deverão, entretanto, ser gerais, em forma de diretrizes, sob pena de tornarem inócua a competência municipal, que constitui exercício de sua autonomia constitucional. III. - Inconstitucionalidade do art. 1º das Disposições Transitórias da Lei Complementar 651, de 1990, do Estado de São Paulo, que dispendo a respeito das áreas territoriais denominadas subdistritos, equiparam-nas a Distritos. Ofensa ao art. 30, IV. IV. - Ação direta de inconstitucionalidade

---

<sup>824</sup> «Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico;

(...)

VI - florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição;

VII - proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico;».

«Art. 24. Le Compete a la Unión, a los Estados y al Distrito Federal legislar concurrentemente sobre:

I - derecho tributario, financiero, penitenciario, económico y urbanístico;

(...)

VI - bosques, caza, pesca, fauna, conservación de la naturaleza, defensa del suelo y de los recursos naturales, protección del medio ambiente y control de la polución;

VII - protección del patrimonio histórico, cultural, turístico y paisajístico;».

<sup>825</sup> *Vid.* ADI n.º 478/SP, ponente Ministro CARLOS MÁRIO VELLOSO, Sala del Tribunal Pleno, Supremo Tribunal Federal, 28/02/1997.

julgada procedente no tocante ao artigo 1º das Disposições Transitórias.  
Improcedente quanto ao artigo 12, não conhecida a ação quanto ao art. 1º, § 3º».

Aunque sea un sistema de competencias muy repartido, no hay lugar a dudas de que el papel principal en la ordenación urbanística, como es natural, recae en manos de los Municipios<sup>826</sup>, ya que el art. 30 determina que les cabe a los Municipios legislar sobre asuntos de interés local y promover la adecuada ordenación territorial a través del planeamiento, control del uso, de la parcelación y de la ocupación del suelo urbano. También les cabe a la protección del patrimonio histórico-cultural local, aunque con sujeción a la legislación y fiscalización federal y estatal<sup>827</sup>.

Dentro de este marco competencial, es cierto que a la Unión le cabe legislar sobre las normas generales (*lois cadre*) que establezcan los principios generales, las normas de aplicación obligatoria; a su vez, les corresponde a los Estados legislar sobre los asuntos regionales. Finalmente, a los Municipios les cabe legislar sobre los intereses locales, con el objeto atender a las peculiaridades de su territorio (verbigracia, naturales, histórico-culturales o ambientales) y de los intereses concretos de su población.

Si bien es cierto que el texto constitucional expresa este reparto de competencias en materia urbanística de forma meridiana, esto no ha sido óbice para la existencia de diversos pronunciamientos del Supremo Tribunal Federal, la corte de

---

<sup>826</sup> La competencia municipal para legislar sobre el uso y la ocupación del suelo de la urbe, por ser de interés local, es reconocida por la reiterada jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal, de la que constituye un ejemplo la Sentencia dictada en el recurso n.º 975613, el cual consiste en un tipo de recurso al que en Brasil, se denomina *Agravo Regimental*, y que correspondió a una decisión unipersonal en la que se confirmaba la decisión de la ponente Ministra ROSA WEBER, sala 1, Supremo Tribunal Federal, DJe- 30/09/2016.

<sup>827</sup> «Art. 30. Compete aos Municípios:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

(...)

VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano;

IX - promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual».

«Art. 30. Les compete a los Municipios:

I - legislar sobre asuntos de interés local;

(...)

VIII - promover, en lo que corresponda, el adecuado ordenamiento territorial, mediante el planeamiento y control del uso, de la parcelación y de la ocupación del suelo urbano;

IX - promover, la protección del patrimonio histórico- cultural local, observando la legislación y la acción finalizadora federal y estatal».

justicia a la que le compete ejercer el control de constitucionalidad concentrado y difuso de las leyes, a tenor de los dispositivos constitucionales federales<sup>828</sup>.

En realidad, el Supremo Tribunal Federal brasileño ha consolidado su jurisprudencia en el sentido de que la ordenación territorial llevada a cabo por los Municipios mediante el planeamiento, el control del uso, de la parcelación y de la ocupación del suelo, al ser una materia de Derecho urbanístico, está subordinada a la legislación federal y estatal, tal y como se decidió, por ejemplo, en la sentencia dictada en la acción directa de inconstitucionalidad n.º 478/São Paulo<sup>829</sup>.

Al mismo tiempo, en el fallo del recurso extraordinario n.º 219.210/Rio Grande do Sul, el Tribunal aseveró que, al legislar sobre normas locales de ordenación urbana, el Municipio no puede derogar la legislación general federal ni tampoco la estatal. Esto se debe a que las competencias federal, estatal y municipal son

---

<sup>828</sup>Al tratarse de una federación, Brasil posee una amplia gama de tribunales. Con todo, en este capítulo voy a mencionar las decisiones de tan solo algunos de ellos, precisamente, las de aquellos que se ocupan de materias urbanísticas, del Derecho federal y del constitucional, lo que exige que, con el objeto de permitir una mejor comprensión, aclare someramente su competencia. Empiezo por esclarecer que, en la organización judicial brasileña, el máximo órgano es el Supremo Tribunal Federal (STF), a cuyos jueces, llamados Ministros, les compete ejercer el control concentrado de la constitucionalidad de las normas, a la vista de la Constitución (instancia original de control), mediante la apreciación de acciones directas de inconstitucionalidad (ADI), de acciones declaratorias de constitucionalidad (ADC) y de alegaciones de incumplimiento de preceptos fundamentales (ADPF). Asimismo, también es de su competencia el ejercicio del control difuso de constitucionalidad, es decir, decidir en última instancia sobre los recursos en los que se alegue la inconstitucionalidad de decisiones judiciales de instancias inferiores, mediante la apreciación de recursos extraordinarios (REExt). También le compete, entre otras, juzgar las medidas cautelares vinculadas a los recursos extraordinarios (MCREExt) y los *mandados de segurança* (MS), los cuales consisten en una acción original en la que se alega la lesión cometida por un agente público a un derecho cuya comprobación no exija una amplia producción probatoria, es decir, que pueda ser demostrado mediante mera prueba documental.

A su vez, el Superior Tribunal de Justicia (STJ) es la corte que uniformiza la jurisprudencia de Derecho federal. Sus Ministros, como también son llamados los jueces que lo componen, deciden en última instancia recursos en los que se invoque la lesión a una Ley federal, cometida por cualquiera de los tribunales estatales, mediante la apreciación de los llamados recursos especiales. También les compete juzgar los *agravos de instrumento* (AGI —recursos interpuestos a decisiones interlocutorias—) y, en origen, los *mandados de segurança*, acciones que ya he tratado previamente. Subrayo que, en todos los recursos y acciones originales, es necesario que se alegue una lesión a un derecho federal, para justificar la competencia del STJ.

Por último, cada Estado de la Federación (Provincia) organiza su Poder Judicial en los llamados Tribunales de Justicia (TJ), cortes que, primordialmente, deciden, entre muchos otros, los recursos interpuestos a las decisiones de los jueces de primer grado de jurisdicción, es decir, las apelaciones (APC —recursos manejados de sentencias—), los *agravos de instrumento* (AGI —recursos interpuestos a decisiones interlocutorias—) y los *mandados de segurança* (MS), aunque también juzgan en origen las acciones directas de inconstitucionalidad y declaratorias de constitucionalidad en las que se alegue una ofensa a la Constitución Estatal.

<sup>829</sup> Vid. ADI 478/SP, ponente Ministro CARLOS MÁRIO VELLOSO, sala del Tribunal Pleno, DJU de 20/02/1997).



concurrentes, cabiéndole a la Unión y a los Estados dictar las normas generales, mientras que los Municipios son responsables de las normas atinentes a sus peculiaridades locales. Esto es lo que expresa literalmente el siguiente extracto de la sentencia dictada en la decisión unipersonal del magistrado instructor del recurso en cuestión<sup>830</sup>:

«O sistema de controle de constitucionalidade das leis tem por fundamento, justamente, a supremacia da Lei Maior e o acato às normas de grau inferior, vedando, justamente, essa incompatibilidade vertical de leis».

«Logo, se as legislações federal e estadual não admitem as queimadas, nos moldes previstos na lei municipal, não há que se falar em interesse local. Esse, com efeito, não pode sobrepor-se ao próprio interesse nacional, manifestado nas normas gerais editadas pela União, nem ao interesse regional, assinalado nas normas específicas sobre a matéria».

Esta doctrina, según la cual la discrepancia vertical de las leyes no es admisible, también fue adoptada en la sentencia dictada en el recurso de *agravo de instrumento* n.º 147.111, según se puede verificar en el siguiente pasaje, *ipsis litteris*:

«Constitucional. Proteção ambiental e controle de poluição. Legislação concorrente: União, Estados, Distrito Federal. C.F., art. 24, VI e XII. CF/67, art. 8º, XVII, "c" (...). A CF/88 conferiu aos estados e ao distrito federal competência concorrente na matéria (CF/88, art. 24, VI e XII). II. - inoccorrência de ofensa à constituição pelo fato de o Estado ter exercido a sua competência legislativa supletiva»<sup>831</sup>.

### 3. El tratamiento constitucional de la política urbana

En un país en el que hasta la década de los años 1970, por lo general, el urbanismo estuvo preponderantemente asociado a la labor de arquitectos urbanistas, geógrafos y sociólogos y que quedaba lejos de la esfera de los intereses de los

---

<sup>830</sup> Vid. RE 219.210, ponente Ministro CARLOS MÁRIO VELLOSO, decisión unipersonal, DJ 18/2/2002.

<sup>831</sup> El *agravo de instrumento* es un recurso que se interpone contra decisiones interlocutorias. Vid. AI 147.111-AgR, ponente Ministro CARLOS VELLOSO, sala 2, DJ 13.8.1993.

juristas<sup>832</sup>, la entrada en vigor de la nueva Constitución Federal brasileña en 1988<sup>833</sup>, supuso una tremenda innovación.

Conforme observa SILVA, el legislador constituyente originario de la Constitución de 1988 delineó el «Orden Económico y Financiero», en el que consagró nuevamente al capitalismo como la forma económica de organización y legó al Estado la tarea de organizar el contexto de desorden procedente del liberalismo, mediante la imposición de condicionantes a la actividad económica. Con dicho objetivo, estableció una estructura con un fuerte contenido social, para lo que hizo especial hincapié en la sumisión de los derechos fundamentales al cumplimiento de una función social<sup>834</sup>.

En este contexto, en el Título III, cuyo título es *Del Orden Económico y Financiero*, dedica por completo el Capítulo II a la que recibe por título *La Política Urbana*, donde se consagra el urbanismo como una función pública. La Carta otorgó de forma precisa al Poder Público municipal el deber de promover las funciones sociales de la ciudad, de exigir a los ciudadanos el cumplimiento de la función social de la propiedad (reforzando la previsión del capítulo referente a los derechos fundamentales), de ordenar el uso y la ocupación de la ciudad y, también, de promover el bienestar de sus habitantes.

Esto es lo que se puede interpretar del artículo 182, del que, a continuación, incluyo su traducción, *ad litteram*, con el objeto de facilitar su comprensión<sup>835</sup>:

---

<sup>832</sup> Representa una excepción a esta realidad el trabajo desarrollado por la *Fundação Prefeito Faria Lima* que, entre otros eventos, organizó el Congreso sobre suelo creado (ampliación del coeficiente de edificabilidad) en la ciudad de Embú, en 1976. En el mismo estuvieron presentes juristas, urbanistas, gestores públicos y economistas. Sus conclusiones resultaron en la elaboración y publicación de un documento denominado *Carta de Embú*, que aportó significativas contribuciones al desarrollo de algunos conceptos básicos del Derecho urbanístico, especialmente, las nociones de creación de suelo, de compensación urbanística, de adquisición onerosa de facultad urbanística y de transferencia del *jus aedificandi*. A pesar del notorio avance que supusieron tales conclusiones, esto no fue suficiente para motivar al legislador federal para que legislase sobre el desarrollo urbano, lo que lamentablemente solo vino a ocurrir a principios del siglo XXI, con la aprobación del Estatuto de la Ciudad.

<sup>833</sup> La Constitución Federal Brasileña en vigor fue promulgada el 05 de octubre de 1988.

<sup>834</sup> Vid. J. A. SILVA, *Comentário Contextual a Constituição*, Malheiros, São Paulo, 3.<sup>a</sup> ed., 2006, p. 705 y 711.

<sup>835</sup> «Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§ 1º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

«Art. 182. La política de desarrollo urbanístico, ejecutada por el Poder Público municipal, conforme las directrices generales fijadas en la ley, tiene por objeto ordenar el pleno desarrollo de las funciones sociales de la ciudad y garantizar el bienestar de sus habitantes.

§ 1.º El plan director, aprobado por la Cámara Municipal, obligatorio para ciudades de más de veinte mil habitantes, es el instrumento básico de la política de desarrollo y de expansión urbana.

§ 2.º La propiedad urbana cumple su función social cuando cumple las exigencias fundamentales de ordenación de la ciudad expresadas en el plan director.

§ 3.º Las expropiaciones de inmuebles urbanos serán hechas con previa y justa indemnización en dinero.

§ 4.º El Poder Público municipal está facultado a exigir al propietario del suelo urbano no edificado, infrautilizado o no utilizado, mediante ley específica para el área incluida en el plan director, en los términos de la ley federal, que promueva su adecuado aprovechamiento, bajo pena, sucesivamente, de:

I – parcelación o edificación compulsiva;

II - impuesto progresivo en el tiempo sobre la propiedad predial y territorial urbana;

III – expropiación con pago mediante títulos de deuda pública de emisión previamente aprobada por el Senado Federal, con plazo de rescate de hasta diez años, en parcelas anuales, iguales y sucesivas, asegurando el valor real de la indemnización y los intereses legales.»

Tal y como se puede deducir de la mera lectura del artículo, el plan director es el eje de la ordenación urbanística, el principal mecanismo de operatividad de la política urbana en las ciudades de más de 20 000 (veinte mil) habitantes, para las que es

---

§ 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

§ 3º As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.

§ 4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

I - parcelamento ou edificação compulsórios;

II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais».

de obligada adopción. Esta concepción, pese suponer una innovación constitucional, no hizo sino positivizar el entendimiento defendido previamente por ciertos sectores de la doctrina. A este respecto, LOPES MEIRELLES siempre sostuvo que el plan director era un complejo de normas legales y directrices técnicas destinado al desarrollo global del Municipio en sus más variados aspectos (físico, social, económico y administrativo)<sup>836</sup>.

Sin embargo, el Supremo Tribunal Federal, después de intensos debates, reconoció en la histórica Sentencia dictada en el recurso extraordinario n.º 607.940/DF<sup>837</sup>, que no toda la competencia urbanística legislativa municipal se agota en el contenido del Plan Director, sino que cabe la posibilidad de reglar casos específicos a través de otra norma, siempre y cuando sus disposiciones sean compatibles con las de aquél.

A pesar de que la Constitución fue promulgada en 1988, fue tan solo en el año 2001 cuando el legislador ordinario materializó la reglamentación del art. 182, mediante la Ley Federal n.º 10257, denominada *Estatuto de la Ciudad*. Esta ley tenía como propósito el establecimiento del régimen jurídico del urbanismo en el ámbito federal o, en palabras de FERNANDES y ALFONSIN, el control jurídico del proceso urbano, a nivel federal, de diversos aspectos (uso, ocupación, parcelación, edificación, preservación y desarrollo del suelo urbanizado). Es decir, hoy en día, orienta a los Poderes Públicos al respecto de los principios rectores de la ordenación urbana en sus matices urbanísticos, económicos, sociales y ambientales<sup>838</sup>.

Ahora bien, a mi modo de ver, el contenido de la norma no es minucioso, puesto que bajo el pretexto de respetar la competencia de los Estados y Municipios, acaba por ser impreciso en la definición de algunos conceptos e instrumentos fundamentales del Derecho urbanístico. Cuando así sucede, en algunos casos peca de sencillez, tal como ocurre, entre otros ejemplos, con las supuestos de adquisiciones onerosas de facultades urbanísticas (*otorgas onerosas* de derecho de construir y de

---

<sup>836</sup> Vid. H. LOPES MEIRELLES, *Direito de Construir*, cit., p. 99.

<sup>837</sup> Vid. RE n.º 607940, ponente Ministro TEORI ZAVASCKI, sala del Tribunal Pleno, Supremo Tribunal Federal, DJe 25/02/2016.

<sup>838</sup> Vid. E. FERNÁNDES Y B. ALFONSÍN, *Coletânea de Legislação Urbanística – Normas Internacionais, Constitucionais e Legislação Ordinária*, cit., p. 14.

adquisición de uso), así como con la tributación progresiva en los casos de infrautilización de solares.

Sea como sea, a mi juicio, la más significativa deficiencia de dicha norma es que no establece un *modus operandi* mínimo para el procedimiento de elaboración del plan general o, dicho sea de otro modo, del plan director de ordenación urbana, dejando a cargo del Municipio su integral establecimiento. En este sentido, aunque lo cierto es que, según la Constitución Federal, el plan es el instrumento básico de la política de desarrollo y expansión urbana, así como el principal elemento conformador del Derecho de propiedad, el contenido mediante el que se materializa esta garantía puede variar significativamente en cada porción del territorio nacional, en razón de la mencionada carencia del *Estatuto de la Ciudad*.

Según creo, la primera tarea del legislador federal es la vertebración del procedimiento de formulación del plan, lo que demanda, antes de nada, la formalización documental del procedimiento (memoria del plan), fijando tanto sus fases elementales de elaboración como las variables fundamentales a ser ponderadas. Asimismo, también pienso que tendrían que establecerse a nivel federal, los instrumentos de superación de las desigualdades derivadas del planeamiento, así como todos los otros elementos capaces de conferir una mínima identidad procedimental a la disciplina jurídica nacional, todo ello sin menoscabo de la competencia municipal sobre la ordenación del uso y la ocupación del territorio de la ciudad.

Por último, también creo que la legislación federal debería fijar los tipos básicos de suelo y el correspondiente régimen de valoración, además de los criterios para la definición del justiprecio en las expropiaciones forzosas y el régimen de las indemnizaciones urbanísticas.

Tales previsiones serían capaces de dotar de una mínima uniformidad a la ordenación urbana, especialmente, de ecuanimidad en el tratamiento del derecho fundamental de propiedad urbana. Esto posibilitaría que sus atributos quedasen mínimamente preservados en todo el territorio nacional y, de modo particular, aportaría estabilidad al sistema de indemnizaciones urbanísticas, sobre todo, en lo pertinente a las expropiaciones forzosas. Con todo, admito que no se puede hablar de una absoluta

estabilidad, pues en lo relativo a la definición de los instrumentos básicos de actuación, tropieza con algunos aspectos del sistema competencial de cada Estado de la Federación. A efectos de comparación, tómese como ejemplo lo que pasa en España, donde la facultad de participar en actuaciones de nueva urbanización se evalúa en función del porcentaje de aprovechamiento de cesión obligatoria, porcentual este que puede variar en las distintas Comunidades Autónomas.

Si bien es cierto que no trata de estos importantes aspectos recién mencionados, el *Estatuto de la Ciudad* ha establecido y desarrollado unos principios básicos de ordenación que todas las esferas de la Federación (federal, estatal y municipal) deben seguir con ocasión del ejercicio de la potestad de planeamiento y que pueden proporcionar un marco para el control de la discrecionalidad de planeamiento.

Por destacar alguno de estos principios, se pueden citar el desarrollo urbano sostenible, la gestión democrática de la ciudad mediante la participación ciudadana en el procedimiento de formulación, la ejecución y acompañamiento de las políticas públicas, el control del uso del suelo por el Poder Público, la cooperación entre éste y la iniciativa privada, la interdicción de la especulación inmobiliaria. A ellos me referiré con más detenimiento en un epígrafe propio.

Nuevamente en relación al examen del plan director, el *Estatuto de la Ciudad* amplió los supuestos en los que su adopción es ineludible, de modo que, además de las ciudades de más de 20 000 (veinte mil) habitantes, también se exige en los casos de ciudades integrantes de regiones metropolitanas y aglomeraciones urbanas. Igualmente, es obligatoria para las pertenecientes a áreas de especial interés turístico o de las que se sitúen en áreas de influencia de emprendimientos o actividades con un significativo impacto ambiental de alcance regional o nacional.

Asimismo, deberán adoptarlo los Municipios que establezcan las sanciones urbanísticas de rango constitucional previstas en el art. 182.4, como son la parcelación o la edificación compulsiva, el impuesto progresivo en el tiempo sobre la propiedad o la expropiación con pago con títulos de la deuda pública, aplicables todas ellas en supuestos de inmuebles no utilizados, infrautilizados o no edificados.

Pese a ello, la Encuesta de Informaciones Básicas (MUNIC) de 2015, llevada a efecto por el Instituto Brasileño de Geografía y Estadística (IBGE), desvelaba que, de los 5570 Municipios brasileños, 2786 ya disponían de un plan director. En lo relativo a los supuestos en los que este es obligatorio, el 10,8% (diez coma ocho por ciento) de los Municipios de más de 20 000 habitantes (1742 Municipios) todavía no contaba con uno, es decir, 188 Municipios, de los que un 5,83% (cinco coma ochenta y tres por ciento), es decir, 92 Municipios, afirmó que el plan estaba en fase de elaboración<sup>839</sup>.

Como se puede verificar, por un lado, el cumplimiento del mandato constitucional por parte de los Municipios para los que es obligatoria la adopción de un plan general todavía es deficitario. Por otro, también se puede advertir que un significativo número de ciudades que, *a priori*, estarían dispensadas de tenerlo, sí que lo adoptan.

Ese déficit relativo a las ciudades para las que es preceptivo contar con el mismo, así como la opción por no tomarlo por parte de las ciudades que no están obligadas a ello, se debe en gran medida a las dificultades que supone su adopción. Lo cierto es que la elaboración de un plan no es tarea fácil, pues supone un complejo diagnóstico del territorio que, aparte de cualquier otra consideración, resulta muy costoso, algo que hace que resulte inabordable para muchos Municipios.

Por este motivo, muchos Municipios optan por limitarse a tener leyes de zonificación, utilización y edificación del suelo, así como también de normas relativas a la obtención de licencias urbanísticas, lo que no resulta suficiente para garantizar una efectiva ordenación de la ciudad que se atenga al modelo trazado por la Constitución. Tal vez, la solución sería adoptar en estos casos, lo que en España suelen denominarse normas subsidiarias (por así decirlo, un plan más simple), de carácter reducido, las cuales se ocupan, básicamente, de trazar los límites del espacio urbanizado, clasificar del suelo, fijar la estructura general de la ciudad, etc.<sup>840</sup>

---

<sup>839</sup> Vid. <http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv95942.pdf>, *Perfil dos municípios brasileiros 2015*. Fecha de acceso: 16/01/2017.

<sup>840</sup> Según BAÑO LEÓN, las normas subsidiarias del planeamiento municipal están reguladas desde la LS 1956, de 12 de mayo, y se definen mejor en la reforma de 1975. Destaca que, inicialmente «podían tener como finalidad la regulación del suelo urbano y las reglas de protección del no urbanizable, que se

Para los ayuntamientos, la elaboración de dichas normas resulta técnicamente más sencillo, además de menos complejo y costoso, que el acometimiento de un plan. Justo por ello, tal vez esto suponga la solución para la ordenación de los pequeños Municipios brasileños. Su adopción por parte de los mismos no contrariaría ni la Constitución ni el *Estatuto de la Ciudad*, dado que quedan fuera de los supuestos obligados.

#### **4. Los límites a las potestades públicas impuestos por los derechos y principios constitucionales**

Ya he aclarado detenidamente en epígrafes anteriores que, a pesar de que la potestad de planeamiento tenga un cariz esencialmente discrecional, tal aspecto no le confiere un carácter ilimitado ni la hace inmune al control judicial. Está muy condicionada al cumplimiento de ciertas reglas y principios que pueden ser específicos a su naturaleza o comunes a todas las potestades.

La Constitución es, de hecho, el gran eje conformador de las potestades públicas en Brasil, pues establece a lo largo de su texto deberes y directrices a la actividad administrativa, muchas veces de manera minuciosa, mientras que en otras, mediante el establecimiento de principios generales. Esto es lo que sucede con profusión en el Capítulo VII (*De la Administración Pública*), el cual forma parte del Título III (*De la Organización del Estado*). En el *caput* del art. 37, establece los principales principios rectores de la Administración Pública que supeditan a todas las

---

denomina suelo apto para la urbanización. Se trata de un Plan General más reducido, por el que se han regido muchos municipios. El RP (art. 88) prohíbe expresamente que las normas subsidiarias puedan utilizarse con la finalidad de substituir un Plan Parcial o un Programa de Actuación Urbanística, lo que da cuenta de que su finalidad esencial es suplir la ausencia de Plan General. Una variedad de norma subsidiaria poco utilizada es aquella que, por razones de urgencia, puede ser aprobada por el Consejo de Ministros sin necesidad de información pública. Se ha utilizado en ocasiones este procedimiento en el caso de la anulación judicial de planes cuando la suspensión de licencias no resulta viable (véanse SSTs de 26 de marzo de 1987 y 24 de julio de 1989; Baño, 1990)». Ahora bien, razona que «el legislador urbanístico de las Comunidades Autónomas ha ido relegando esta figura, en el bien entendido, de que se trata de contradicción que se prevea un Plan general y al mismo tiempo una figura alternativa. De hecho, en muchas Comunidades las normas subsidiarias han pasado a tener exclusivamente una función transitoria entre situaciones de excepcional necesidad, aunque la denominación que reciban sea, como en el caso valenciano, la de planes generales urgentes (art. 182, LUV). A idéntica finalidad preventiva, para el caso de suspensión cautelar de planes con ocasión de su reforma, responden las Normas de planeamiento urbanístico en Cataluña (art. 62 TRLU), cuyo plazo de vigencia es de dos años» (vid. J. M. BAÑO LEÓN, *Derecho Urbanístico Común*, cit., todas las citas del párrafo son de la p. 138).



esferas de la Administración Pública al cumplimiento de la legalidad, la impersonalidad, la igualdad, la moralidad, la publicidad, la eficiencia, pasando a desarrollar su aplicación en los demás apartados de este mismo artículo.

En la Sentencia pronunciada en la Acción Directa de Inconstitucionalidad n.º 2.661/MA<sup>841</sup>, el Supremo Tribunal Federal reconoció que es doctrina consolidada en la jurisprudencia brasileña, la posibilidad de que el Poder Judicial fiscalice los actos estatales que contraríen el interés público o los principios rectores de la actividad del Estado, llegando al extremo de que en la Sentencia dictada en el recurso extraordinario n.º 837.311/PI<sup>842</sup>, con base en el pensamiento de ENGISCH, argumenta la existencia de una discrecionalidad «vinculada» al Derecho, que no tiene como exclusivos parámetros de su ejercicio la oportunidad o la conveniencia, sino también los derechos fundamentales, los principios rectores de la Administración Pública y los principios inherentes al Estado de Derecho.

A mi modesto entender, el ejercicio legítimo del poder discrecional siempre supone la sumisión del Administrador Público a tales criterios, de manera que no creo en la coexistencia de una discrecionalidad «vinculada» al Derecho y subordinada a una serie de principios, con otra que, teóricamente, estaría desvinculada de dichos parámetros. La razón de ello es que todo ejercicio discrecional, en cualquiera de las acepciones que pueda asumir, se sitúa bajo la Ley y el Derecho, como ya he tenido la oportunidad de explicar en otro epígrafe. De manera que, a día de hoy, lo que sí que existe es un ejercicio legítimo o ilegítimo de la potestad discrecional.

El texto constitucional está repleto de principios y directrices destinados a condicionar la actividad de la Administración Pública en todos sus ámbitos de actuación. Esto no es diferente en el caso de la ordenación urbana, conforme se puede advertir a partir de la lectura del art. 182, el cual se ocupa *De la Política Urbana*. Este dispositivo se ocupa de ordenarla y condicionarla con todo pormenor, instituyendo principios que le son peculiares o, en otras palabras, endógenos al proceso urbano, aunque la verdad es que este condicionamiento surge tanto desde la potestad de

---

<sup>841</sup> Vid. ADI 2661/MA, ponente Ministro CELSO DE MELLO, sala de Tribunal Pleno, Supremo Tribunal Federal, DJ 23/08/2002.

<sup>842</sup> Vid. RE 837.311/PI, ponente Ministro LUIZ FUX, sala del Tribunal Pleno, DJe 15/04/2016.

planeamiento urbanístico como desde la perspectiva de los derechos fundamentales y de otros bienes constitucionalmente garantizados.

Esto se debe a que la actividad de planeamiento urbanístico impacta en diversos derechos protegidos por la Constitución, entre los que pocos destacan más a día de hoy que los de la propiedad y la protección medioambiental. Por ello, no parece exagerado recalcar que, tal como reconoce el Supremo Tribunal Federal y reproduce la jurisprudencia a lo largo y ancho de todo el país, en el sistema constitucional brasileño, los derechos fundamentales son oponibles a todos los Poderes del Estado<sup>843</sup>.

En efecto, un ejemplo clásico de la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal es la Sentencia dictada en el recurso de *Mandado de Segurança* n.º 11.140/MT<sup>844</sup>, en el que se razonó que la discreción legislativa o administrativa se somete a los límites constitucionales y legales, siendo deber del Poder Judicial examinar todas las alegaciones de lesiones de la actividad jurisdiccional a derechos individuales.

Tales derechos operan en dos frentes: delimitan la potestad de planeamiento urbanístico desde su nacimiento<sup>845</sup> y, con prevalencia sobre cualquier otro mecanismo, constituyen la pauta primordial del correspondiente control judicial. Su contenido esencial o el límite de los límites, tal como ciertos sectores de la doctrina y de la jurisprudencia se refieren a los mismos para acentuar su importancia, no puede ser sobrepasado por la norma de desarrollo de los derechos garantizados por la Constitución, so pena de que esta incurra en inconstitucionalidad.

Al ser así, tanto la fase de elaboración del plan por parte del administrador público (control *a priori*) como la fase de su aprobación legislativa (control *a*

---

<sup>843</sup> Vid. ADI n.º 3685/DF, ponente ministra ELLEN GRACIE NORTHFLEET, sala del Tribunal Pleno, DJ 10/08/2006.

<sup>844</sup> Se trata de un tipo de acción mediante la que se impugnan actuaciones u omisiones públicas que ofendan derechos sobre los cuales no hay controversia. Vid. RMS n.º 11.140/MT, ponente Ministro LUIZ GALLOTTI, sala del Tribunal Pleno, Supremo Tribunal Federal, DJ 01/08/1963.

<sup>845</sup> Soy consciente de que existen sentencias de tribunales estatales que aún consideran al Derecho de propiedad (CF, art. 5.XXII), al medioambiente saludable (CF, art. 225) y al deber de cumplimiento con la función social de la propiedad (CF, art. 5.XXIII), como limitaciones de la competencia municipal de ordenación urbana, en vez de delimitaciones, concepción esta que, como he subrayado previamente, me parece más acertada. Constituye un ejemplo de ello la sentencia dictada por la Sala 22 del tribunal de Justicia del Estado del Rio Grande do Sul, en el recurso de *Agravo de Instrumento* n.º 70026351486, ponente Juez MARA LARSEN CHECHI, publicada en el DJ 27/05/2009.

*posteriori*) se someten integralmente a tales garantías, según reconoce, verbigracia, la Sentencia dictada por la 13.<sup>a</sup> Sala de Derecho Público del Tribunal de Justicia del Estado de São Paulo, al desestimar el recurso de *agravo de instrumento* n.º 2228924-81.2015.8.26.0000, interpuesto por la fiscalía para la suspensión del proyecto de revisión del plan general del Municipio de Bertioga.

## 5. El control de las potestades públicas

A priori, en Brasil, el control del ejercicio de las potestades públicas atinentes a actos reglados opera mediante las mismas técnicas y se rige por los mismos criterios generales que he destacado en el Capítulo IV de la parte II de esta Tesis, motivo por el que no voy a insistir en este tema. Incluso en aquellas hipótesis de potestades discrecionales, por lo general se admite que los actos administrativos son plenamente fiscalizables en virtud del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva previsto en el art. 5.35 de la Constitución.

De forma semejante al escenario que describo en dicho capítulo, solo quiero destacar que hay una significativa discusión doctrinal sobre la naturaleza jurídica de los mandatos normativos en los que intervienen conceptos jurídicos indeterminados. Sea como sea, el Superior Tribunal de Justicia, en ejercicio de su papel de corte competente para uniformizar la jurisprudencia de Derecho federal, ha decidido en más de una ocasión que la indeterminación del concepto no autoriza que el administrador elija subjetiva y libremente su contenido. Muy por el contrario, la finalidad de la utilización de tales conceptos es la de posibilitar que la Administración Pública identifique cuál es la opción que mejor se ajusta a cada caso concreto<sup>846</sup>.

En casos muy específicos, en virtud de que las peculiaridades del objeto en litigio mermaban la capacidad de elección de la Administración Pública, orientándola de forma precisa a una de las alternativas posibles, el Supremo Tribunal Federal reconoció la circunstancial supresión de la potestad discrecional (reducción a cero) y su conversión en potestad reglada<sup>847</sup>.

---

<sup>846</sup> Vid. REsp n.º 1.279.607/PR, ponente Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, sala 2, Superior Tribunal de Justicia, DJe 13/12/2011.

<sup>847</sup> Vid. RE 837.311/PI, ponente Ministro LUIZ FUX, sala del Tribunal Pleno, DJe 15/04/2016.

Ahora bien, lo que considero más importante es que la jurisprudencia ha consolidado la noción de que también los principios constitucionales operan condicionando el ejercicio de las potestades públicas, además de servir de parámetro de control externo. Por lo general, la jurisprudencia reconoce la plena fiscalización de las potestades públicas desde el punto de vista de la legalidad formal; lo que es más significativo, con todo, es la paulatina evolución jurisprudencial del tema.

Constituye un ejemplo de ello la doctrina consolidada años atrás, por la sala 2 del Superior Tribunal de Justicia, en la Sentencia pronunciada en el *Recurso Especial* n.º 510.259/SP<sup>848</sup>, en el sentido de que la fiscalización que ejerce el Poder Judicial sobre los actos administrativos no se restringe a los aspectos extrínsecos, siendo posible ir más allá y examinar las razones de conveniencia y oportunidad, con fundamento en los principios rectores de la Administración Pública que constan en el art. 37<sup>849</sup> de la Constitución Federal. Estas pautas fueron defendidas enfáticamente por la Magistrada Instructora, ELIANA CALMON, conocida por sus tesis vanguardistas, así como por su defensa de un control más efectivo y amplio sobre las actuaciones de los Poderes Públicos.

Aunque es cierto que este razonamiento ha sido adoptado en otras decisiones, en la inmensa mayoría de los casos, sin embargo, no se ha declarado explícitamente que, en el análisis del mérito del acto, se haya hecho uso de principios constitucionales. La causa de ello radica en que sigue estando muy difundida la tesis de que no le cabe al Poder Judicial controlar el mérito del acto administrativo, dado que eso implicaría la usurpación de la función ejecutiva<sup>850</sup>.

---

<sup>848</sup> El *recurso especial* es un tipo de recurso que cabe contra sentencias dictadas por los Tribunales Estaduales o Federales Regionales, en el que se invoca una ofensa al Derecho federal. *Vid.* Recurso Especial n.º 510.259/SP, ponente Ministra ELIANA CALMON, Sala 2, Superior Tribunal de Justiça, DJ 19/09/2005. En este mismo sentido y con la misma magistrada instructora, (*vid.* Recurso Especial n.º 429.570/GO, ponente Ministra ELIANA CALMON, sala 2, Superior Tribunal de Justiça, DJ 19/09/2005).

<sup>849</sup> «Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)».

«Art. 37. La Administración pública directa e indirecta, de cualquiera de los Poderes de la Unión, de los Estados, del Distrito Federal y de los Municipios obedecerá a los principios de legalidad, impersonalidad, moralidad, publicidad y eficiencia, y también a lo siguiente: (...)».

<sup>850</sup> *Vid.* RMS 42189/PR, ponente Ministro MAURO CAMPBELL, Sala 2, Superior Tribunal de Justiça, DJe 27/02/2014.

No obstante, se puede advertir una tendencia de dicho tribunal, cada vez más explícita, de ampliar el control judicial sobre las potestades públicas, al no circunscribirse al criterio usual de los límites de la legalidad formal y pasar a abarcar también el control de la legalidad substancial, para lo que se penetra en el examen referente a la motivación del acto. Desde esta nueva perspectiva de control, el tribunal se permite evaluar si, además de que existan los motivos determinantes, estos son congruentes con las razones explicitadas y los efectos resultantes del acto practicado, en aras de evitar que el ejercicio de la discrecionalidad se convierta en arbitrariedad, conforme reconoce, por ejemplo, la sala 2 del Superior Tribunal de Justicia en la Sentencia dictada en el recurso de *Agravo Regimental* n.º 1280729/RJ.<sup>851</sup>

En este sentido, es relevante mencionar el posicionamiento del Supremo Tribunal Federal en la Sentencia dictada por la sala, en el *Recurso Extraordinário* n.º 837.311<sup>852</sup>, en la que aseveró que, en un Estado Democrático de Derecho, la discrecionalidad administrativa no está delimitada únicamente por la evaluación de los criterios de conveniencia y oportunidad, sino, sobre todo, por los derechos fundamentales y las demás normas constitucionales.

Ahora bien, en dicho fallo el tribunal matiza significativamente la función judicial de control, al aseverar textualmente que no le corresponde al Poder Judicial actuar como un administrador positivo, aniquilando el margen de decisión del administrador público al decidir qué es lo mejor para la Administración Pública, sino que lo que le toca es, exclusivamente, la revisión de los abusos.

Es digno de destacar el empeño del Superior Tribunal de Justicia en resaltar en su jurisprudencia que, pese a que el administrador pueda optar en un caso concreto, por la solución que le parezca más oportuna o conveniente, no puede actuar arbitrariamente, bajo pena de vulnerar el principio de la legalidad.

---

<sup>851</sup> Vid. AgRgREsp n.º 1280729/RJ, ponente Ministro HUMBERTO MARTINS, sala 2, DJe 19/04/2012.

<sup>852</sup> El *recurso extraordinário* es un tipo de recurso que cabe contra sentencias dictadas por los Tribunales Estaduales o Federales Regionales, en donde se invoca una ofensa al Derecho constitucional. Vid. RE n.º 837311, ponente Ministro LUIZ FUX, sala del Tribunal Pleno, Supremo Tribunal Federal DJe-072 15-04-2016.

De todo lo que he considerado hasta este momento acerca de la jurisprudencia de las cortes superiores brasileñas, es posible llegar a la firme conclusión de que los criterios del control judicial de las potestades públicas utilizados hoy en día, aunque carezcan de sistematización, permiten el control de la legalidad formal y, en casos más complejos, de la legalidad substancial. En estos supuestos, el control de la motivación de las decisiones públicas no se restringe a la identificación de la existencia de la motivación, ya que también contempla su congruencia tanto con los efectos pretendidos como con la finalidad de la norma. Todo ello, en aras de evitar que el ejercicio de la discrecionalidad se convierta en pura arbitrariedad.

Tal y como se puede advertir, cada día es más frecuente que se apliquen criterios de control basados en los principios rectores de la Administración Pública que se establecen en el art. 37 de la Constitución brasileña, a saber, la legalidad, la publicidad, la impersonalidad, la igualdad en el tratamiento de los administrados, la eficiencia y la moralidad administrativa. Al mismo tiempo, también es significativa la adopción de postulados como los de la proporcionalidad, la razonabilidad y la racionalidad en el control de la actividad administrativa, lo que viene suscitando controversias acerca de un posible activismo judicial, tema este que va más allá del objeto de esta tesis, motivo este por el que no pasaré de su mera mención.

Lo que sí es relevante subrayar es que la legalidad ha sido adoptada como el criterio de control más amplio, tanto en sus formas más restrictas, con un cariz meramente formal, como en otras de índole más substancial. Con este propósito, se vale principalmente de la doctrina de los hechos determinantes, lo que permite examinar la razonabilidad, racionalidad y la proporcionalidad de las decisiones administrativas.

Sin embargo, no he llegado a vislumbrar en esta tendencia de ampliación de la fiscalización, por ejemplo, un mayor control sobre la eficiencia administrativa en lo pertinente a los resultados de las opciones públicas; de igual modo, creo que persiste la incógnita acerca de cuál es el criterio para el examen de las alegaciones atinentes a la moralidad administrativa, principio que se establece en el art. 37 de la Constitución Federal, tan poco desarrollado por los juristas.

Por último, el hecho de que el Poder Judicial esté inmerso en un patente proceso de desarrollo de nuevas técnicas de control, no significa que, con ocasión de la fiscalización del ejercicio de las potestades discrecionales, se permita interferir en la actividad administrativa hasta el punto de sustituir al administrador público, puesto que conforme afirma el Superior Tribunal de Justicia, en la sentencia dictada en el *Recurso Especial* n.º 208.893/PR, el Poder Judicial no puede substituir la discrecionalidad del administrador por la discrecionalidad del juez<sup>853</sup>:

«Não cabe, assim, ao Poder Judiciário interferir nas prioridades orçamentárias do Município e determinar a construção de obra especificada. Como ensina Hely Lopes Meirelles, "o que o Judiciário não pode é, no ato discricionário, substituir o discricionarismo do administrador pelo do juiz"» (ob. cit., p. 116)».

### **5.1. La amplitud del control de legalidad de las potestades públicas**

El modelo constitucional brasileño adopta el principio de la vinculación positiva de la Administración Pública, tal y como reconoce el Supremo Tribunal Federal en su reiterada jurisprudencia, de la que constituye un ejemplo la sentencia dictada en el recurso de *Mandado de Segurança* n.º 24.699/DF<sup>854</sup>, cuya doctrina estatuye que la Administración Pública solo puede practicar actos discrecionales cuando así se lo permita expresamente la Ley.

Asimismo, dicha sentencia asevera que la plena fiscalización judicial de los actos administrativos opera, inclusive, cuando estos últimos se deriven de la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados. Por este motivo, el tribunal reconoce la legitimidad del control de la discrecionalidad de los actos administrativos en lo que atañe a sus causas, motivos y finalidades, interpretación esta de la que representa un

---

<sup>853</sup> Vid. REsp. n.º 208.893/PR, ponente Ministro FRANCIULLI NETO, sala 1, Superior Tribunal de Justiça, DJ 22/03/2004.

<sup>854</sup> Vid. RMS n.º 24.699/DF, ponente Ministro EROS GRAU, sala 1, Supremo Tribunal Federal, 01/07/2005.

ejemplo jurisprudencial la sentencia dictada en el recurso de *Agravo Regimental* interpuesto de la sentencia dictada en el *Recurso Extraordinário* n.º 505.439/MA.<sup>855</sup>

De hecho, un examen más detallado de la jurisprudencia revela que, por lo general, los tribunales coinciden en admitir que el control de la legalidad de las potestades públicas es lo más amplio posible, algo que es propio de los Estados Democráticos de Derecho, y se fundamenta en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (CF, art. 5.35), doctrina adoptada por el Superior Tribunal de Justicia, verbigracia, en la sentencia dictada en el *Recurso Especial* n.º 984.946/MG<sup>856</sup>.

En este sentido, reconocen que dentro de los parámetros de control de la legalidad de los actos discrecionales, se encuadra el deber de motivar suficientemente los actos administrativos. Dicha legalidad debe entenderse como aquella que indique la correspondencia entre la opción administrativa y la finalidad legal, tal y como preceptúa el art. 2 de la Ley n.º 4717/65<sup>857</sup>. El juicio de conveniencia y oportunidad en tal

---

<sup>855</sup> Vid. RE n.º 505.439/MA, ponente Ministro EROS GRAU, sala 2, Supremo Tribunal Federal, 10/06/2008.

<sup>856</sup> Vid. REsp. n.º 984.946/MG, ponente Ministra. LAURITA VAZ, sala 5, Superior Tribunal de Justicia, DJ 17/12/2007.

<sup>857</sup> «Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:

- a) incompetência;
- b) vício de forma;
- c) ilegalidade do objeto;
- d) inexistência dos motivos;
- e) desvio de finalidade.

Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas:

- a) a incompetência fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou;
- b) o vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato;
- c) a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo;
- d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido;
- e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência».

«Art. 2. Son nulos los actos lesivos al patrimonio de las entidades mencionadas en el artículo anterior, en los casos de:

- a) incompetencia;
- b) vicio de forma;
- c) ilegalidad del objeto;
- d) inexistencia de motivos;
- e) desvío de finalidad.

Párrafo único. Para la concepción de los casos de nulidad serán observadas las siguientes normas:



circunstancia, siempre deberá guiarse por razones de interés público, conforme señala, por ejemplo, la sentencia dictada por Superior Tribunal de Justicia en el recurso de *Mandado de Segurança* n.º 9.944/DF<sup>858</sup>.

Ahora bien, aunque el control roce el mérito del acto administrativo, cuando lo que se utiliza como parámetros del control del ejercicio de la potestad pública son principios constitucionales que demandan un análisis más riguroso, tal como suele ocurrir con los supuestos en los que se invoca el principio de la moralidad administrativa, lo cierto es que los tribunales sostienen explícitamente que eso no alcanza el juicio de conveniencia y oportunidad. Se puede encontrar una muestra de esta jurisprudencia en la sentencia pronunciada en el *Recurso Especial* n.º 616.771/CE<sup>859</sup>.

Igualmente, se debe registrar que la inmensa mayoría de la jurisprudencia entiende que el control de la legalidad del acto administrativo engloba el examen de la razonabilidad y de la proporcionalidad, dado que ellas derivan de la garantía del *due process of law*. Este razonamiento ha sido adoptado, por poner un único ejemplo, en la sentencia dictada por el Superior Tribunal de Justicia en el recurso de *Mandado de Segurança* n.º 20.271/GO<sup>860</sup>.

Este panorama pone de manifiesto que, por lo general, el control de la legalidad abarca todo un abanico de posibilidades que se debe llevar a efecto. En lo que a mí respecta, estoy convencida de que en el campo del Derecho urbanístico, se pueden adoptar todos los razonamientos jurisprudenciales que suelen esgrimir los tribunales con ocasión de la fiscalización de la legalidad del ejercicio de las potestades públicas.

- 
- a) la incompetencia se caracteriza cuando el acto no se incluye en las atribuciones de legales del agente que lo practicó;
  - b) el vicio de forma consiste en la omisión o en la observancia incompleta o irregular de las formalidades indispensables para la existencia o seriedad del acto;
  - c) la ilegalidad del objeto ocurre cuando el resultado del acto implica violación de ley, regulación u otro acto normativo;
  - d) la inexistencia de los motivos se verifica cuando la materia de hecho o de derecho, en la que se fundamenta el acto, es inexistente materialmente o jurídicamente inadecuada al resultado obtenido;
  - e) el desvío de finalidad se verifica cuando el agente practica el acto con la pretensión de un fin diverso al previsto, explícita o implícitamente, en la regla de competencia».

<sup>858</sup> Vid. MS 9.944/DF, ponente Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, sala de la 1.ª Sección, Superior Tribunal de Justicia, DJ 13.06.2005.

<sup>859</sup> Vid. Recurso Especial n.º 616.771/CE, ponente Ministro FELIX FISCHER, sala 5, Superior Tribunal de Justicia, DJ. 01/07/2005.

<sup>860</sup> Vid. Mandado de Segurança n.º 20.271/DF, ponente Ministro HERMAN BENJAMIN, sala 1, Superior Tribunal de Justicia, DJ. 28/06/2013.

Esto puede y debe ser efectuado en lo atinente al procedimiento administrativo de elaboración de los planes urbanísticos, aunque ello no sea óbice para que tras su finalización, se deban someter a la aprobación del legislativo. Es obvio que si hubiera una legislación que impusiera la obligatoriedad de presentación de la memoria del plan (el procedimiento administrativo del que deriva), así como también los elementos que deberían ser considerados, dicha fiscalización adquiriría aún más legitimidad. Ahora bien, la ausencia de previsión legal no constituye un impedimento para el pleno ejercicio del control judicial, una vez que la aprobación legislativa no convalida actos viciados.

En este sentido, la jurisprudencia ya se ha remitido a esta convicción en diversas ocasiones. Constituye un ejemplo de ello la doctrina consolidada por el Tribunal de Justicia de São Paulo en la sentencia dictada en la Acción Directa de Inconstitucionalidad n.º 20651743420148260000<sup>861</sup>, en la que se asevera que la interpretación conjunta de los artículos 182 y 30.VIII, a los que me he referido previamente en el presente trabajo, conlleva el entendimiento de que para que la norma urbanística tenga legitimidad y validez, debe proceder de un planeamiento efectuado en un proceso técnico instrumentalizado.

Por ello, la corte de justicia sostiene que las elecciones urbanísticas no pertenecen a la esfera del libre albedrío o de la mera voluntad del administrador, así como que tampoco se trata de otro simple proceso discrecional más o un simple instrumento técnico, sino más bien un verdadero proceso de creación de normas jurídicas.

Para finalizar este tema se debe notar que incluso hay decisiones que reconocen que el grado de libertad de elección puede reducirse significativamente y aun desaparecer en supuestos muy específicos, oportunidad en la que la actividad originalmente discrecional se convierte en reglada y en la que el Poder Judicial puede

---

<sup>861</sup> *Vid.* ADI 20651743420148260000, ponente Desembargador PAULO DIMAS MASCARETTI, Sala del Órgano Especial, Tribunal de Justicia del Estado de São Paulo, DJe 07/08/2014.

ejercer el control por sustitución<sup>862</sup>. Todas las decisiones a las que he hecho referencia previamente en este capítulo, a mi modo de ver, ilustran bien el modo como el Poder Judicial ejerce el control de discrecionalidad.

## **5.2. El tratamiento jurisprudencial del principio de igualdad en la jurisprudencia**

Uno de los derechos constitucionales más prestigiados por la jurisprudencia, sin lugar a dudas, es el principio de igualdad. Diferentes sentencias que tratan de los más variados tipos de demandas lo aplican incondicionalmente, ya sea cuando se trata de un control de la actividad legislativa, o de la actividad ejecutiva.

La igualdad es considerada por el Supremo Tribunal Federal como un límite material, no solamente formal, que opera imponiendo el deber de motivar todo tratamiento diferenciado de supuestos similares, demostrando que la diferenciación está directamente relacionada con la causa jurídica distintiva. Más que ello, apoyado en la doctrina de ROBERT ALEXEY, el tribunal considera que el tratamiento desigual debe ser justificado por principios jurídicos contrapuestos, tal y como aseveró al decidir la acción directa de inconstitucionalidad n.º 4650/DF<sup>863</sup>, juzgamiento que se convirtió en *leading case* porque trató del espinoso tema de la financiación de campañas políticas.

En lo que atañe específicamente a la averiguación de la observancia del principio de igualdad en el campo del urbanismo, nada se registra en la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal e incluso tampoco es común que los tribunales estatales afronten este tema.

Con todo, el Tribunal de Justicia del Estado de Rio de Janeiro dispone de una significativa jurisprudencia a este respecto, especialmente en lo atinente al ejercicio del *jus variandi* de las normas de uso y ocupación del suelo, cuyo carácter es accesorio al plan. La jurisprudencia de dicha corte de justicia, verbigracia, razona que la

---

<sup>862</sup> Vid. REsp 879.188/RS, ponente Ministro HUMBERTO MARTINS, sala 2, Superior Tribunal de Justicia, DJe 02/06/2009.

<sup>863</sup> Vid. ADI n.º 4650/DF, ponente Ministro LUIZ FUX, sala del Tribunal Pleno, Supremo Tribunal Federal, DJe 24/02/2016.

legislación urbanística no puede favorecer los intereses de grupos específicos de administrados, en detrimento de la colectividad, puesto que esto conlleva la violación de los principios de igualdad e impersonalidad<sup>864</sup>.

Como se puede comprobar, el principio de igualdad es un importante condicionamiento de la potestad de planeamiento urbanístico en Brasil. Obviamente, ello no significa que no se reconozca que es connatural que las normas de ordenación urbanística provoquen situaciones de desigualdad, aunque el principio de igualdad determina que el planificador esté obligado a prever mecanismos de equidistribución, aptos para producir la superación de las discrepancias y el equilibrio el sistema. Esta regla está positivada en el Estatuto de la Ciudad, conforme esclareceré en un epígrafe específico.

### **5.3. El principio de proporcionalidad como criterio para el control de la discrecionalidad**

Al analizar el contexto español, he destacado que las colisiones entre derechos o valores constitucionalmente protegidos pueden ser resueltas mediante la utilización de un examen de la proporcionalidad. En la tesitura brasileña, FERREIRA MENDES destaca que si bien al principio la doctrina no trató el tema sistemáticamente, le cupo a la jurisprudencia anticiparse, convirtiéndolo rápidamente en un relevante criterio de averiguación de la constitucionalidad. Esto supone la concreción de un postulado constitucional autónomo fundamentado en el art. 5.LIV de la Constitución, en donde se establece el *due process of law* como derecho individual<sup>865</sup>.

En el caso de las normas de desarrollo de derechos, cuando se aplica este razonamiento, al Poder Judicial le corresponde examinar la adecuación de las restricciones de derechos resultantes de las mismas (capaces de alcanzar el objetivo pretendido), así como su necesidad (el objetivo no podría ser alcanzado mediante un

---

<sup>864</sup> Vid. Arg. Inconst. n.º 0012398- 96.2010.8.19.0042, ponente Desembargador SÉRGIO VERANI, sala del Tribunal Pleno y Órgano Especial, Tribunal de Justicia del Estado de Rio de Janeiro, Dje 21/06/2013.

<sup>865</sup> Vid. G. FERREIRA MENDES, *A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, en Repertório IOVB de Jurisprudência: Tributário, Constitucional e Administrativo, São Paulo, n.º 23, 1994, p. 473 y 469.

medio menos gravoso), su razonabilidad (justa medida de la restricción) y su justificación en virtud del interés público<sup>866</sup>.

El autor enfatiza que, posiblemente, la primera referencia significativa del Supremo Tribunal Federal a dicho principio tuvo lugar en la sentencia dictada en 1953, en el recurso extraordinario n.º 18.331, en el que se discutía sobre el poder estatal de gravar el Derecho de propiedad. La fundamentación del *decisum* del Supremo Tribunal reconoció que el ejercicio de la potestad pública no puede generar abuso, exceso o desviación<sup>867</sup>.

A partir de ese momento, es posible observar la aplicación de dicho principio en los más distintos supuestos de hecho sometidos a la jurisdicción de dicha Corte, la cual, haciendo uso de recursos de la doctrina constitucional comparada, lo ha consolidado como un indispensable elemento para la averiguación de la constitucionalidad de las normas<sup>868</sup>.

Lo cierto es que la jurisprudencia brasileña ha consolidado el entendimiento de que la verificación de la proporcionalidad tiene cabida en todas las especies de actos de los Poderes Públicos, ya sea el legislativo, el ejecutivo o el judicial, conforme subrayó por el Superior Tribunal de Justicia, en la Sentencia dictada por la sala del Tribunal Pleno, en la *Intervenção Federal* n.º 92/MT<sup>869</sup>.

Asimismo, el Supremo Tribunal Federal brasileño ilustra bien este posicionamiento jurisprudencial en la Sentencia dictada en la medida cautelar a la acción directa de inconstitucionalidad n.º 4467/DF, cuya doctrina asentó que la proporcionalidad, en cuanto criterio de verificación de la constitucionalidad, es un

---

<sup>866</sup> Vid. G. FERREIRA MENDES, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, Celso Bastos, São Paulo, 1999, 2.ª ed., p. 42 y 43. El autor menciona con especial énfasis la sentencia dictada en la representación n.º 930, que tuvo como ponente al Ministro RODRIGUES ALCKMIN.

<sup>867</sup> Vid. G. FERREIRA MENDES, *A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, cit., p. 475.

<sup>868</sup> Vid. G. FERREIRA MENDES, *A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, cit., p. 473.

<sup>869</sup> La *Intervenção Federal* es un tipo de demanda mediante la que la Unión intenta obtener una autorización para intervenir en un determinado Estado o el Distrito Federal, en virtud de razones muy concretas. Vid. IF 79/MT, ponente Ministro FERNANDO GONÇALVES, sala de la Corte Especial, DJe 04/02/2010.

«parámetro de identificación del límite de los límites»<sup>870</sup>. Esta doctrina, que reconoce la proporcionalidad como un criterio de control, ha sido reiterada recientemente en la Sentencia dictada en la acción directa de constitucionalidad n.º 4.815/DF<sup>871</sup>.

Asimismo, es digno de mención que la Corte Suprema admite la ponderación no solo entre derechos fundamentales, sino también entre valores constitucionalmente protegidos. Constituye un ejemplo de ello, la Sentencia pronunciada en la acción cautelar previa a la acción directa de inconstitucionalidad n.º 3540/DF. En este supuesto, el tribunal sopesó valores vinculados a la actividad económica (CF, art. 170), al desarrollo nacional (CF, art. 3.II) y a la protección medioambiental (CF, art. 170.VI y art. 225), reconociendo que dentro de este concepto estaban contemplados el medio ambiente natural, cultural y el espacio urbano, para concluir que el principio del desarrollo sostenible es un factor de equilibrio entre las exigencias económicas y medioambientales, como forma de que no quede comprometido el contenido esencial del derecho a la preservación medioambiental<sup>872</sup>.

Conforme se puede advertir, tanto la Corte Constitucional como la más alta Corte encargada de los juicios atinentes al Derecho federal, se valen de la proporcionalidad como criterio de estimación de la constitucionalidad de los supuestos que son sometidos a su examen.

Ahora bien, por una cuestión competencial, no es frecuente que la materia urbanística se eleve a la Corte Suprema para su debate y examen de la jurisprudencia, dado que, preponderantemente, es de jurisdicción legislativa municipal, tal como he aclarado con anterioridad. El control de la eventual inconstitucionalidad de una ley municipal suele realizarse a tenor de las constituciones estatales, cuya instrucción se realiza en los Tribunales de Justicia Estatales. El control del Supremo Tribunal tiene

---

<sup>870</sup> «O princípio da proporcionalidade constitui um critério de aferição da constitucionalidade das restrições a direitos fundamentais. Trata-se de um parâmetro de identificação dos denominados limites dos limites (*Schranken-Schranken*) aos direitos fundamentais; um postulado de proteção de um núcleo essencial do direito, cujo conteúdo o legislador não pode atingir. Assegura-se uma margem de ação ao legislador, cujos limites, porém, não podem ser ultrapassados. O princípio da proporcionalidade permite aferir se tais limites foram transgredidos pelo legislador» (*vid.* MC ADI n.º 4467/DF, ponente Ministra ELLEN GRACIE NORTHFLEET, sala del Tribunal Pleno, DJe 31/05/2011).

<sup>871</sup> *Vid.* ADI 4815/DF, ponente Ministra CARMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, sala del Tribunal Pleno, Supremo Tribunal Federal, DJe 29/01/2016.

<sup>872</sup> *Vid.* ADI 3540 MC/ DF, ponente Ministro CELSO DE MELLO, sala del Tribunal Pleno, Supremo Tribunal Federal, DJ 01/09/2005.

lugar en casos excepcionales, por lo general, con ocasión de control difuso de constitucionalidad, a partir de la interposición de los mencionados *recursos extraordinários*.

Con todo, los razonamientos de dicha Corte que se han mencionado previamente pueden ser aplicados perfectamente en los supuestos en los que lo que se debate es la constitucionalidad de las medidas impuestas por el planeamiento urbano y el correspondiente control de discrecionalidad que le es inherente. Ahora bien, vuelvo a mencionar la circunstancia de que en Brasil, a diferencia de lo que tiene lugar en España, no hay obligatoriedad de presentar la memoria del plan, especialmente, porque su aprobación es legislativa, mientras que en Brasil lo que rige es el entendimiento de que la *mens legis* se sobrepone a la *mens legislatoris*.

Con la actual situación, en la que no existe dicha obligatoriedad, no hay como partir del control judicial de la proporcionalidad para fiscalizar, precisamente, el balance efectuado por el planificador de todas las variables contempladas en su decisión. Lo que sí es posible efectuar es la ponderación de los bienes que el juez entienda que son colindantes, aunque su notoria falta de conocimiento técnico en lo referente a los bienes y las técnicas que en efecto intervienen en un supuesto dado, puede limitar mucho la utilización de dicho principio.

Por este motivo, reitero mi entendimiento de que lo mejor sería que el legislador federal estableciera, en una ley federal, las directrices y el procedimiento básico atinente a los planos urbanísticos generales, lo que incluiría los elementos mínimos que deben contener y las variables que inexorablemente deben ser evaluadas y ponderadas, así como también la exigencia de elaborar formal y documentalmente la memoria del plan para fines de interpretación y control externo.

En cuanto a la obligatoriedad de presentación de la memoria del plan, mi preocupación se justifica porque el sistema, en su actual configuración, no proporciona al Poder Judicial los suficientes elementos de conocimiento del proceso urbano, el cual juzga a partir de criterios deficitarios, en virtud de su absoluta falta de aptitud técnica. En la mayoría de los casos, tan siquiera logra identificar cuáles son los bienes jurídicos urbanísticos en conflicto que el planificador despreció.

Efectivamente, este problema de no lograr identificar los bienes y valores constitucionales en conflicto ni ponderarlos, así como el hecho del carácter excepcional del examen de demandas urbanísticas en la Corte Constitucional brasileña, implicó, por ejemplo, que la sala del Tribunal Pleno incurriera en un craso error con ocasión de la estimación del recurso extraordinario n.º 422349/RS<sup>873</sup>. La demanda versaba sobre la posibilidad de que se declarase la usucapión de una parcela de suelo irregularmente parcelada de un solar (dividiendo el solar en dos) y que no obedecía las dimensiones mínimas del módulo urbano, pero que se encuadraba en la hipótesis constitucionalmente consagrada de usucapión especial urbana con finalidad social (CF, art. 183)<sup>874</sup>.

El Tribunal, al afrontar la cuestión únicamente desde los puntos de vista de los métodos originarios de adquisición de la propiedad y de los requisitos contemplados en la previsión constitucional de usucapión urbana, esto es, centrando su análisis tan solo en el cumplimiento de los aspectos civilistas adquisitorios (tiempo de posesión y dimensiones máximas del terreno), decidió que era posible usucapir un terreno con unas dimensiones menores que las del módulo urbano mínimo fijado por el Municipio en su Plan Director.

El razonamiento del Ministro ponente, DIAS TOFFOLI, uno de los últimos en entrar a formar parte de dicho tribunal, consistía en que si los requisitos constitucionales se cumplían, el incumplimiento de las prescripciones del Plan Director no era óbice para que se reconociera la prescripción adquisitiva. La razón para ello consistía en que la raíz

---

<sup>873</sup> Vid. RE n.º 422349, ponente Ministro JOSÉ ANTÔNIO DIAS TOFFOLI, DJe 05/08/2015.

<sup>874</sup> «Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

§ 3º Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião».

«Art. 183. Aquellos que posean como suya un área urbana de hasta doscientos cincuenta metros cuadrados, por cinco años, ininterrumpidos y sin oposición, usándola como su vivienda o la de su familia, adquieren el dominio, siempre que no sean propietarios de otro inmueble urbano o rural.

1.º. El título de dominio y la concesión de uso serán conferidos al hombre o a la mujer, o a ambos, con independencia de su estado civil.

2.º. Ese derecho no será reconocido al mismo poseedor más de una vez.

3.º. Los inmuebles públicos no se adquirirán por usucapión».



constitucional de la usucapión especial urbana prevalecía sobre las prescripciones de la norma de planeamiento urbano, por ser de rango superior.

Es evidente que el Tribunal Supremo no identificó todos los bienes y valores constitucionalmente protegidos que se contraponían en la demanda. Por un lado, tal como identificó el tribunal, el derecho privado a usucapir (CF, art. 183), de cariz civilista; por otro, algo que desafortunadamente el tribunal pasó por alto, el derecho de los habitantes al pleno desarrollo de las funciones sociales de la ciudad y al bienestar (CF, art. 182), cuya promoción es tarea del Poder Público municipal mediante la adopción de un plan director. Asimismo, dejó de considerar que el plan es el eje de la política pública del uso y de la ocupación del espacio urbano, según la propia Constitución (CF, art. 182.1), lo que hace con que sus prescripciones tengan especial valor en el orden jurídico.

Conforme se puede advertir, intervenían bienes protegidos por la Constitución en clara contraposición, situación que pasó desapercibida para el ponente, quien en su identificación, consideró que se trataba de un mero conflicto entre una prescripción constitucional y una norma de rango inferior —el plan—, motivo por el que reconoció la prevalencia de la primera. Al proceder de este modo, privilegió el interés privado y la especulación inmobiliaria, en detrimento del interés público de ordenación urbana y del cumplimiento de la función social de la propiedad, la cual se satisface al cumplir las disposiciones del plan, según la CF, art. 182.1.

El contenido de la sentencia, contraria la propia jurisprudencia de la Corte Constitucional, que se rige por completo por la noción de que, en caso de colisión entre valores constitucionalmente protegidos, tiene que haber una justa ponderación, con el fin de evitar que uno de los mismos quede vacío de contenido, algo que se produjo, de manera notoria, en el ejemplo en cuestión.

#### **5.4. Prohibición del retroceso o de la regresión**

En lo concerniente especialmente al *jus variandi*, la doctrina y la jurisprudencia brasileñas están avanzando paulatinamente en el entendimiento de que, una vez que se haya asignado una especial protección urbanística o ambiental a una

parcela del territorio de la ciudad, no es posible retrotraerla a la situación anterior, en virtud del principio de prohibición de regresividad, también conocido como principio de prohibición de retroceso o de regresión.

Por este motivo, siempre que haya un intento del planificador de reducir el ámbito de protección de un determinado bien urbanístico o ambiental, habrá de invocar, por lo general, un especial e impostergable interés público, así como también prever una medida compensatoria. De no ser así, estaría violando el interés difuso y colectivo de preservación urbanística y ambiental y, en consecuencia, se configuraría como una inconstitucionalidad.

SARLET, aparte de reconocer que el Derecho infraconstitucional debe proporcionar una eficiente protección a los derechos fundamentales (que no implique un retroceso o tratamiento insuficiente)<sup>875</sup>, identifica la fundamentación constitucional de tal principio en la conjugación de los principios del Estado de Derecho (en su vertiente social), de la dignidad de la persona humana, de la máxima eficacia y eficiencia de las normas definidoras de los derechos fundamentales, de la seguridad jurídica, así como también en el deber de progresividad de derechos sociales.<sup>876</sup>

A pesar que comprendo la importancia de construir una doctrina constitucional sobre el tema que lo acometa desde todos los ángulos, algo que puede implicar una fundamentación constitucional muy amplia, tal como sucede con la de SARLET, creo que ella reduce mucho la objetividad y permite argumentaciones sofisticadas en la interpretación de los planificadores y de los jueces. Al tratarse de una cuestión tan controvertida como impactante, me parece más conveniente fundamentarla en reglas más objetivas: el principio constitucional del desarrollo sostenible y el deber general de preservar el medio ambiente para las presentes y futuras generaciones (CF, art. 225), lo que incluye el medio ambiente artificial (urbano).

---

<sup>875</sup> Vid. I. SARLET y T. FENSTEISEIFER, *Notas sobre a proibição do retrocesso em matéria (sócio) ambiental*, en A. H. BENJAMIN et al, *Princípio da Proibição do Retrocesso ambiental*, Senado Federal, Brasília, s/d, p. 139.

<sup>876</sup> Vid. I. SARLET y T. FENSTEISEIFER, *Notas sobre a proibição do retrocesso em matéria (sócio) ambiental*, cit., p. 143.

En lo concerniente al campo jurisprudencial, destaca la sentencia dictada por el Superior Tribunal de Justicia, en el *Recurso Especial* n.º 302.906/SP<sup>877</sup>, dado que no solo es el primero dictado por los tribunales superiores, sino que constituye además uno de sus escasos fallos sobre el tema. En dicha oportunidad, se aseveró que la aplicación de este principio garantiza que ni la actual ni las futuras generaciones deben mermar, rebajar o eliminar los avances urbanísticos y ambientales conquistados en el pasado. Sin embargo, admite modificaciones o perfeccionamientos que preserven la supremacía del interés público sobre el privado.

Esta postura jurídica ha sido repetida por el Tribunal de Justicia del Estado de São Paulo, que considera que la disminución en el nivel de protección de un bien jurídico ofende intereses difusos y colectivos, por lo que solo es admisible cuando esté fundamentada en el interés público indeclinable<sup>878</sup>.

En lo que respecta a España, esto no sucede de igual manera, pues lo que existen son los estándares urbanísticos, de modo que una vez que el nuevo plan se subordina a ellos, nada se puede objetar en su contra

## **5.5. Breves notas sobre el Derecho de propiedad en la jurisprudencia de los Tribunales Superiores**

Es evidente que entre todos los derechos constitucionalmente protegidos, la propiedad es el que más impacta en el orden urbanístico; considero, inclusive, que es uno de los más importantes elementos del proceso urbano. De cualquier forma, tal y como ya he mencionado con antelación, el legislador constituyente originario brasileño no se limitó a consagrar la propiedad inmobiliaria como un derecho fundamental (CF, art. 5.22), sino que más bien la sometió al cumplimiento de la función social (CF, art. 5.23 y art. 182.2). En este sentido, creo importante enfatizar que esta función social reside en la interfaz del aludido derecho con el orden urbanístico, pues su concepto consta en el capítulo dedicado a la «Política Urbana».

---

<sup>877</sup> *Vid.* REsp. n.º 302.906/SP, ponente MINISTRO HERMAN BENJAMIN, sala 2, Superior Tribunal de Justicia, DJe 30/11/2010.

<sup>878</sup> *Vid.* RMS n.º 4003026-37.2013.8.26.0048, ponente Desembargador Magalhães Coelho, sala 7, Tribunal de Justicia del Estado de São Paulo, DJe 20/01/2016.

En este escenario, en las demandas en las que se discute sobre los intereses de los titulares del Derecho de propiedad y las prescripciones del planeamiento urbanístico, la solución ya no consiste en circunscribirse a la simple opción por la supremacía del Derecho individual de propiedad, sino que es necesario efectuar un juicio de ponderación entre los bienes implicados. La solución a la que se llega tras analizar las peculiaridades de cada caso concreto es necesariamente resultado de un juicio de proporcionalidad.

Obviamente, la actividad planificadora de la potestad de planeamiento urbano encuentra su primera barrera en el contenido esencial de dicho derecho, es decir, deberá respetar los mínimos atributos que garanticen la posición jurídica del propietario (*utendi, fruendi y abutendi*).

A modo de mera ilustración, pues no se trata propiamente de un supuesto urbanístico, quiero destacar que el Supremo Tribunal Federal, en la sentencia dictada en el recurso extraordinario n.º 140.436-1/São Paulo<sup>879</sup>, decidió que cuando el Poder Público promueva, en sus propias palabras, el aniquilamiento del Derecho de propiedad, tal y como ocurre en algunas hipótesis de restricción a la facultad de construir o, también, cuando imponga limitaciones irrazonables o sacrificios desproporcionales, el propietario deberá ser indemnizado a fin de reparar el perjuicio soportado.

Ahora bien, en esta misma sentencia, la Corte Constitucional reconoce la relatividad del derecho de construir, para lo que hace hincapié en su subordinación a la función social de la propiedad, la cual se satisface mediante el cumplimiento de las normas urbanísticas (CF, art. 182.2), conforme ya he tenido ocasión de mencionar. De este modo, la definición de lo que es indemnizable se obtiene mediante el *test* de racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad (adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto<sup>880</sup>), tal y como suele entender la jurisprudencia preponderante.

---

<sup>879</sup> Vid. Recurso Extraordinario n.º 140.436/SP, ponente Ministro CARLOS MÁRIO VELLOSO, sala 2, DJ 25/05/1999.

<sup>880</sup> Vid. ADI n.º 1969/DF, ponente Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, sala del Tribunal Pleno, Supremo Tribunal Federal, DJ 05/03/2004.

Obviamente, no toda disposición restrictiva del Derecho de propiedad supone un vaciamiento de su contenido. Tan solo aquellas restricciones que supriman los atributos esenciales del derecho, es decir, el uso, el goce y la disposición, pueden ser consideradas como ofensivas a su contenido esencial y, por tanto, inconstitucionales.

Véase que en otra oportunidad, al examinar el recurso de *Agravo Regimental* n.º 746.356<sup>881</sup>, el mismo tribunal reconoció que el ejercicio de la facultad de construir está vinculado a la previa obtención de la correspondiente licencia, lo que demuestra el condicionamiento del pleno ejercicio del Derecho de propiedad a la legislación infraconstitucional.

De este modo, el Derecho de propiedad, como se puede concluir sin mayores dificultades, es un importante limitador de la potestad de planeamiento urbano, la cual deberá preservar su contenido esencial, el cual se vincula íntimamente a la noción de la utilidad económica, a diferencia de lo que sucede en España, donde como afirma BAÑO LEÓN, «la ley niega la valoración de la expectativa urbanística en el suelo no urbanizable, de manera que éste se valora por la renta real del suelo o por su valor medio a efectos de su explotación agrícola<sup>882</sup>». Además, añade que «la concepción estatutaria de la propiedad se refuerza con la vinculación del derecho a edificar al cumplimiento de las obligaciones previas de urbanizar»<sup>883</sup>.

## 5.6. El derecho a un medioambiente saludable

La Constitución de 1988 instauró un nuevo orden jurídico ambiental al establecer que todos tienen derecho a un medioambiente saludable (CF, art. 225<sup>884</sup>). Además, vinculó toda la noción de desarrollo económico a la sostenibilidad (CF, art.

---

<sup>881</sup> Vid. AgRg RE n.º 746.356/SP, ponente Ministro GILMAR MENDES, sala 2, Supremo Tribunal Federal, DJe 07/06/2013.

<sup>882</sup> Vid. J. M. BAÑO LEÓN, *Derecho Urbanístico Común*, cit., p. 51.

<sup>883</sup> Vid. J. M. BAÑO LEÓN, *Derecho Urbanístico Común*, cit., p. 52.

<sup>884</sup> «Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações».

«Art. 225. Todos tienen derecho a un medio ambiente ecológicamente equilibrado, bien de uso común del pueblo y esencial para una calidad de vida saludable, imponiéndose al Poder Público y a la colectividad el deber de defenderlo y preservarlo para las generaciones presentes y futuras».

170.6<sup>885</sup>. y 174.1<sup>886</sup>), atribuyendo de forma conjunta al Estado y a la sociedad el deber de defender y preservar el medio ambiente en favor de las generaciones presentes y futuras.

Por todo ello, la jurisprudencia y la doctrina convergen al defender la existencia de un derecho fundamental de índole social, a saber, el medio ambiente ecológicamente equilibrado<sup>887</sup>. En este sentido, SILVA aún va más allá, al defender la idea de que, más que estar volcado en la preservación del medio ambiente, el precepto constitucional tiene como propósito proteger su calidad y, consecuentemente, la calidad de la vida en general<sup>888</sup>.

De cualquier manera, tal vez el más importante avance consista en el hecho de que al instituir un orden público ambiental constitucionalizado, orientó el funcionamiento jurídico del Estado en pro del medio ambiente y, por ende, redujo significativamente la discrecionalidad administrativa, tal y como observa HERMAN

---

<sup>885</sup> «Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;».

«Art. 170. El orden económico, fundado en la valoración del trabajo humano y en la libre iniciativa, tiene por fin asegurar a todos una existencia digna, de acuerdo con los dictados de la Justicia Social, observando los siguientes principios:

(...)

VI. defensa del medio ambiente, incluso mediante un tratamiento diferenciado en conformidad con el impacto ambiental de los productos y de sus procesos de elaboración y prestación;».

<sup>886</sup> «Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

§ 1º A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento».

«Art. 174. Como agente normativo y regulador de la actividad económica, el Estado ejercerá, en la forma de la ley, las funciones de fiscalización, incentivación y planificación, siendo este determinante para el poder público e indicativo para el privado.

1.º La ley establecerá las directrices y las bases de planificación de un desarrollo nacional equilibrado, el cual incorporará y compatibilizará los planes nacionales y regionales de desarrollo».

<sup>887</sup> *Vid.* ADI n.º 3540 MC/DF, ponente Ministro CELSO DE MELLO, sala del Tribunal Pleno, DJ 03/02/2006.

<sup>888</sup> *Vid.* J. A. DA SILVA, *Comentário Contextual à Constituição*, cit., p. 836.

BENJAMIN<sup>889</sup>. El autor argumenta que la razón de ello es que, entre la pluralidad de opciones que se le presentan tanto en las formulaciones de las políticas públicas como en los procedimientos decisorios individuales, tiene el deber constitucional de elegir aquello que sea más favorable para el medio ambiente<sup>890</sup>. En este mismo sentido, FREITAS considera que no cabe invocar la discrecionalidad administrativa para desligar las elecciones públicas del criterio de la sostenibilidad<sup>891</sup>.

La preservación del medio ambiente es un importante condicionante de la ordenación urbana y, como he mencionado anteriormente, un gran limitador para la actividad discrecional del administrador público. El desarrollo sostenible demanda una utilización racional, eficiente y moderada del territorio de la ciudad, con el fin de hacer uso de los recursos naturales de manera responsable. Esta noción pone de manifiesto que compaginar la coexistencia de todos estos valores constitucionalmente protegidos es, a día de hoy, uno de los mayores desafíos de la planificación.

De hecho, al interpretar de forma conjunta todos los preceptos constitucionales de cariz urbanístico y ambiental, SILVA concluye que el propósito de la política urbana es el de construir y ordenar un medio ambiente urbano equilibrado y saludable<sup>892</sup>.

Ahora bien, cuando se trata de las diferentes opciones en las actividades de planificación, no es infrecuente que los conflictos entre tales valores (ordenación urbanística y preservación medioambiental) sean sometidos al Poder Judicial para su resolución y, una vez más, lo que se verifica es que el análisis de la razonabilidad y la proporcionalidad es la principal vía para poner término a la controversia.

En este sentido, destaco la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia del Estado de Santa Catarina, que, al afrontar un conflicto derivado de la concurrencia de

---

<sup>889</sup> Vid. A. HERMAN BENJAMIN, *Constitucionalização do Ambiente e Ecologização da Constituição Brasileira*, em J. J. GOMES CANOTILHO y J. R. MORATO LEITE (org.), *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*, Saraiva, São Paulo, 2007, 1.ª ed., p. 74.

<sup>890</sup> Vid. A. HERMAN BENJAMIN, *Constitucionalização do Ambiente e Ecologização da Constituição Brasileira*, cit., p. 75.

<sup>891</sup> Vid. J. FREITAS, *Sustentabilidade. Direito ao Futuro*, Fórum, Belo Horizonte, 2012, 2.ª ed., cit., p. 121.

<sup>892</sup> Vid. J. A. DA SILVA, *Direito Constitucional Ambiental*, Malheiros, São Paulo, 2002, 4.ª ed., p. 218.

las legislaciones federal, estatal y municipal sobre la franja *no aedificandi* a la orilla de un arroyo, dirimió el conflicto haciendo uso de dichos criterios.

En sus conclusiones, la Sala 4 de Derecho Público ponderó que en dichos casos, el ejercicio del derecho de construir, además de preservar razonablemente el medio ambiente, tiene que estar en consonancia con la noción de la buena ordenación de la ciudad y del desarrollo sostenible, así como cumplir también con la función social de la propiedad<sup>893</sup>.

A su vez, el Supremo Tribunal Federal, al examinar una petición para la concesión de tutela cautelar en la acción directa de inconstitucionalidad n.º 3540/SP, en la que se discutía sobre la constitucionalidad de alteraciones legislativas en el Código Forestal, enunció expresamente que el Derecho al medio ambiente equilibrado, es un derecho fundamental en el orden constitucional brasileño. Asimismo, aseveró que el principio del desarrollo sostenible consagrado por la Constitución Federal en diversos artículos, es el factor de equilibrio entre las exigencias de la economía y las de la ecología<sup>894</sup>.

Además, remarcó que cualquiera de los Poderes Públicos (federal, estatal o municipal), dentro de su ámbito competencial, puede autorizar, otorgar licencias o permitir la ejecución de obras o servicios en áreas ambientalmente protegidas. Ahora bien, siempre y cuando se cumplan las exigencias legales y se preserven integralmente los atributos naturales que las motivaron.

## **5.7. Normas especiales de aplicación directa**

A lo largo de su desarrollo, este trabajo ha puesto de manifiesto que el planeamiento urbanístico impacta en innumerables derechos y bienes jurídicos. Por ello, no es casualidad que la regulación federal y la de ciertos Estados de la Federación opere como un claro límite a la potestad municipal de planeamiento y sus prescripciones, dada

---

<sup>893</sup> *Vid. Agravo de Instrumento* n.º 2013.048796-5, ponente Desembargador JAIME RAMOS, sala 4 de Derecho Público, Tribunal de Justicia del Estado de Santa Catarina, DJe 30/07/2015.

<sup>894</sup> *Vid. RE* n.º 3540, ponente Ministro CELSO DE MELLO, sala del Tribunal Pleno, Supremo Tribunal Federal, 03/02/2006.



la especificidad de cada materia que regulan, haciendo las veces de directrices generales.

En efecto, en un sistema federativo como el brasileño, en el que se produce un reparto vertical de competencias entre los entes federativos que, muchas veces, provoca que diferentes normas de distinto rango concurren en una misma situación de hecho, la existencia de normas generales emanadas del poder federal tiene como propósito conferir una mínima estabilidad y uniformidad a la base del orden jurídico.

Son ejemplos de tales normas: el *Estatuto de la Ciudad* (Ley n.º 10257, de 10 de julio de 2001), el Código Forestal (Ley n.º 12651, de 25 de mayo de 2012), la Ley de la Parcelación del Suelo (Ley n.º 6766, de 19 de diciembre de 1979), la Ley de Regularización de Tierras Urbanas (Ley n.º 11977, de 09 de julio de 2009, la *Medida Provisória* n.º 759, de 23 de diciembre de 2016), la legislación de carreteras (diversas Leyes federales, estatales y municipales), el Código Aeronáutico, el Estatuto de las Metrópolis (Ley n.º 13089, de 12 de enero de 2015), la legislación Aeroportuaria, las normas de preservación histórico-cultural (Decreto Ley n.º 25, de noviembre de 1937 y la legislación estatal y municipal, en los casos en los que ella exista) y la Política Nacional de Residuos Sólidos (Ley n.º 12305, de 02 de agosto de 2010).

Todas ellas establecen, dada su especificidad, claras balizas a las opciones del planificador y cualquier eventual contravención a sus directrices es susceptible de ser sometida a su control judicial. Lo cierto es que lo que de hecho se prohíbe es la transgresión de sus prescripciones, por lo que es admisible que una norma municipal amplíe el nivel de protección establecido por otra norma federal o estatal que incida en un mismo supuesto, tal y como reconoce la jurisprudencia federal.

Por poner un ejemplo jurisprudencial frecuente, el Supremo Tribunal Federal consolidó el entendimiento de que la competencia municipal para ordenar la zona costera está limitada por las competencias federales y estatales, especialmente las de Derecho urbanístico, las de medio ambiente y las de protección al patrimonio

turístico y paisajístico, tal y como se decidió en el recurso extraordinario n.º 474.922/SC<sup>895</sup>.

## **5.8. Condicionamientos derivados del *Estatuto de la Ciudad***

Tal y como he aclarado en el anterior epígrafe y conforme reconoció, entre otras, la Sentencia pronunciada por la Sala 1 del Tribunal de Justicia de São Paulo, en el recurso de apelación 0008492-49.2010<sup>896</sup>, es obvio que una de las más contundentes legislaciones es la medioambiental.

Ahora bien, considero que la Ley denominada *Estatuto de la Ciudad* es la que más condiciona el ejercicio de la potestad municipal de planeamiento urbanístico. Esto se debe a que en el art. 2 de dicha Ley se trazan los principales principios de la política urbana, que nada más representan que una sistematización de las prescripciones constitucionales relativas a los bienes e intereses afectados por dicha política.

Ellos representan la garantía a una ciudad sostenible, la gestión democrática de la ciudad por medio de la participación popular, la cooperación tanto entre gobiernos como entre estos y la iniciativa privada, el planeamiento del desarrollo de las ciudades, de la distribución espacial y de las actividades económicas. También se enuncian como principios la exigencia de oferta adecuada de equipamientos y servicios, la ordenación del uso y la ocupación del suelo, la integración entre actividades urbanas y rurales, la justa distribución de beneficios y cargas derivadas del planeamiento, la recuperación de las plusvalías, la protección medioambiental y el deber de recuperación de las áreas degradadas, la regularización de tierras o el rechazo a la retención especulativa de los inmuebles, entre otros.

El art. 40 de la Ley establece que las directrices y prioridades del plan director deban ser incorporadas al Plan Plurianual, a la Ley de Directrices Presupuestarias y a la Ley Presupuestaria Anual, como forma de garantizar su ejecución

---

<sup>895</sup> Vid. RE n.º 474.922/SC, ponente Ministra CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, sala 2, Supremo Tribunal Federal, DJe 19/02/2013.

<sup>896</sup> Vid. 0008492-49.2010 Ponente Desembargador PAULO AYROSA, Sala 1, Tribunal de Justicia de São Paulo, DJe 17/11/2016.

y, por lo tanto, conferirle operatividad, en virtud de las exigencias procedimentales establecidas por la Ley de Responsabilidad Fiscal (Ley Complementar n.º 101, de 4 de mayo de 2000)<sup>897</sup>.

El art. 42 define, a su vez, que forma parte del contenido mínimo de los planes, la delimitación de las áreas urbanizadas donde podrá determinarse la parcelación, edificación y utilización compulsorias, así como la previsión de las hipótesis y requisitos de aplicación de los derechos de tanteo, de las adquisiciones de facultades urbanísticas de alteración de uso o ampliación del coeficiente de edificabilidad, de las operaciones urbanas consorciadas y de la transferencia del derecho de construir. Asimismo, en los Municipios donde haya riesgo de deslizamientos de tierras, inundaciones o procesos geológicos correlatos, el plan director deberá contener los elementos específicos que se relacionan en el art. 42.a.

Tal como se puede notar, los condicionantes impuestos por el *Estatuto de la Ciudad* a la libertad del planificador no son significativos en términos de definición de los elementos indispensables, sino más bien, en lo referente a la consideración de los principios rectores de la actividad de planificación.

## **5.9. Condicionamientos de la planificación urbanística derivados de los principios constitucionales rectores de la Administración Pública**

He tenido ocasión de mencionar previamente que la Constitución estableció en el art. 37 los principios rectores de la Administración Pública: la legalidad, la impersonalidad, la moralidad, la publicidad y la eficiencia. Además, su cumplimiento por parte del administrador público de cualquiera de los niveles del poder está sujeto a la plena fiscalización del Poder Judicial.

El aspecto de la legalidad ya se ha tratado en capítulos precedentes de la presente tesis y su pleno control en los actos reglados no suscita ninguna discusión en la actualidad. Además, en los supuestos discrecionales, la jurisprudencia converge al

---

<sup>897</sup> La Ley de Responsabilidad Fiscal instituye normas de finanzas públicas enfocadas en la responsabilidad en la gestión fiscal.

entender que es deber del administrador elegir la opción que mejor atienda a las finalidades legales.

Hay decisiones que reconocen, inclusive, que el grado de libertad de elección puede ser significativamente reducido o hasta desaparecer en supuestos muy específicos, oportunidad en la que la actividad originalmente discrecional se convierte en reglada y en la que el Poder Judicial puede ejercer el control por substitución<sup>898</sup>. A mi juicio, las decisiones en las que me he detenido en este capítulo previamente, ilustran bien de qué manera el Poder Judicial ejerce el control de discrecionalidad.

La igualdad y la impersonalidad, en virtud de su forma de operar, son principios que demandan un análisis más detallado de los motivos determinantes del acto fiscalizado y de los fines de la Ley controvertida, asunto este que también he desarrollado en otra parte de esta tesis y a la que me remito para evitar reiteraciones. A su vez, la moralidad y la eficiencia administrativa demandan su examen por separado.

### **5.9.1. La moralidad administrativa como criterio de control de la actividad administrativa**

Tal y como afirma FIGUEIREDO<sup>899</sup>, la moralidad administrativa<sup>900</sup> en cuanto principio rector de la actividad pública (ejecutiva, judicial y legislativa) es una peculiaridad del texto constitucional brasileño, si bien también sostiene que está presente en la legislación infraconstitucional de diversos países. Este principio, conforme argumenta CARVALHO FILHO, opera exigiendo al administrador público que actúe según preceptos éticos, lo que hace que al decidir, además de evaluar la conveniencia, la oportunidad y la justicia de una determinada elección administrativa, le

---

<sup>898</sup> Vid. REsp 879.188/RS, ponente Ministro HUMBERTO MARTINS, sala 2, Superior Tribunal de Justicia, DJe 02/06/2009.

<sup>899</sup> Vid. M. FIGUEIREDO, *O Controle da Moralidade na Constituição*, Malheiros, São Paulo, 1999, s/ed., p.16.

<sup>900</sup> No me son desconocidos los debates académicos sobre la separación entre Derecho y moral, motivo por el que no me voy a adentrar en los mismos, dado que lo que de hecho interesa es analizar cómo la legislación de desarrollo trata el tema y cuáles son los criterios utilizados por la jurisprudencia para definir qué es lo que se considera una conducta administrativa inmoral.

quepa discernir entre lo que es honesto y lo que no lo es. Justo por ello, sostiene que la noción de moralidad administrativa es correlato al de la buena administración<sup>901</sup>.

Para complementar este entendimiento, MORAES recalca que dicho principio está íntimamente vinculado a la noción de probidad administrativa, un valor de tal importancia para el legislador constituyente originario, que este trató de establecer en el art. 37.4 de la propia Constitución Federal<sup>902</sup> severas penas para los actos de improbidad. En su calidad de norma de desarrollo de este artículo, la Ley n.º 8429, de 2 de junio de 1992, define los actos de improbidad administrativa y las correspondientes penas, lo que posibilita un amplio control jurisdiccional de la actividad administrativa.

No dejo de reconocer, sin embargo, la dificultad de precisar el contenido de dicho principio, puesto que la moralidad administrativa es un concepto indeterminado, cuya valoración social a menudo se ve sujeta a alteraciones en una sociedad como la contemporánea. Sea como sea, esta evidente indeterminación semántica, por otro lado, no puede servir de objeción para su pleno ejercicio sobre la actividad administrativa, tal y como subrayó el Ministro FERREIRA MENDES, en la Sentencia dictada en la medida cautelar de la Acción Declaratoria de Constitucionalidad n.º 12/DF<sup>903</sup>.

Lo cierto es que si antes de la previsión constitucional, la doctrina exigía una definición explícita de qué era lo que se podía comprender por moralidad

---

<sup>901</sup> Vid. J. DOS S. CARVALHO FILHO, *Manual de Direito Administrativo*, Atlas, São Paulo, 2015, 28.ª ed., p. 22.

<sup>902</sup> «Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

§ 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.»

«Art. 37. La Administración Pública, directa, indirecta o institucional de cualquiera de los Poderes de la Unión, de los Estados, del Distrito Federal y de los Municipios obedecerá a los principios de legalidad, impersonalidad, moralidad, publicidad y eficiencia y, también, a lo siguiente:

(...)

§ 4.º. Los actos de improbidad administrativa comportarán la suspensión de los derechos políticos, la pérdida de la función pública, la indisponibilidad de los bienes y el resarcimiento al erario, en la forma y grado previstos en la ley, sin perjuicio de la acción penal procedente.»

<sup>903</sup> Vid. ADC n.º 12 MC/DF, ponente Ministro CARLOS AIRES BRITO, sala del Tribunal Pleno, Supremo Tribunal Federal, DJ 16/02/2006. Me refiero específicamente a las ponderaciones manifestadas por uno de los Ministros del Tribunal Colegiado, GILMAR FERREIRA MENDES, las cuales son destacadas en la sentencia.

administrativa y cuáles eran sus puntos de convergencia con la actuación estatal<sup>904</sup>, a día de hoy, el Poder Judicial ya ha fijado unos claros parámetros de control.

En efecto, la Suprema Corte, en la Sentencia dictada en la Acción Directa de Inconstitucionalidad n.º 2.661/MA, consolidó la doctrina según la cual, el principio de la moralidad es un valor constitucional revestido de carácter ético-jurídico, que condiciona la legitimidad y la validez de los actos estatales. Más aún, reconoció que este postulado, además de regir la actuación del Estado e imponerle límites, «legítima o controle jurisdiccional de todos os atos do Poder Público que transgridam os valores éticos que devem pautar o comportamento dos agentes e órgãos governamentais»<sup>905</sup>.

De esta manera, la Suprema Corte consagró definitivamente el entendimiento de que, en el orden constitucional en vigor, el postulado de la moralidad administrativa constituye un presupuesto de validez de los actos administrativos de cualquiera de los Poderes Públicos, ya sean ellos de naturaleza reglada, o discrecional.

### **5.9.2. El principio de eficiencia como criterio de control**

Desde hace ya muchos años, MOREIRA NETO sostiene que el valor de un sistema *juspolítico* depende de su eficiencia en el destino y atribución del poder, en la distribución y el ejercicio de ese mismo poder, así como en su contención y control<sup>906</sup>.

Mediante la Enmienda Constitucional n.º 19, de 04 de junio de 1998, el legislador constituyente derivado incluyó la eficiencia administrativa entre los principios rectores de la Administración Pública. Desde ese mismo instante, se suscitaron una serie de críticas, sobre todo, a causa de la imprecisión del término y, también, en virtud de que la eficiencia está directamente vinculada tanto a la manera

---

<sup>904</sup> Vid. M. DE O. FRANCO SOBRINHO, *O Controle da Moralidade Administrativa*, Saraiva, São Paulo, 1974, s/ed., p. 53.

<sup>905</sup> Vid. ADI 2661/MA, ponente Ministro CELSO DE MELLO, sala de Tribunal Pleno, Supremo Tribunal Federal, DJ 23/08/2002.

<sup>906</sup> Vid. D. DE F. MOREIRA NETO, *Legitimidade e Discricionariedade. Novas Reflexões sobre os limites e controle da Discricionariedade*, Forense, Rio de Janeiro, 1989, 1.ª ed., p. 4-5.

como desempeñan sus funciones los agentes públicos como a su grado de compromiso con el interés público, algo que escapa del alcance de la legislación<sup>907</sup>.

La imposición de la eficiencia como norma constitucional en materia administrativa provocó un intenso debate entre los autores *juspublicistas*. En efecto, BANDEIRA DE MELLO defiende que la eficiencia es un concepto derivado del principio de la buena administración y que debe ser interpretado junto con el principio de la legalidad<sup>908</sup>. La confluencia de las críticas, la imprecisión y la vaguedad del concepto de eficiencia influyó negativamente a una parte de la doctrina, la cual sustenta la necesidad de interpretarlo en asociación con otros principios constitucionales.

Importantes sectores de la doctrina identifican como núcleo de este principio a la búsqueda de la productividad y de la economicidad, a la racionalidad de los gastos públicos, a la prestación de unos servicios públicos de calidad y a la celeridad. Esto deja claro que la noción preponderante entre los autores brasileños es que la eficiencia siempre está vinculada a la economicidad. Tanto es así, que SILVA manifiesta que no se trata de un concepto jurídico, sino más bien, de un concepto económico asociado a la racionalidad en la inversión de los recursos y a la consecución de los mejores resultados con los medios disponibles, en no raras veces escasos<sup>909</sup>.

Sin embargo, este entendimiento es rebatido por JUSTEN FILHO, quien afirma que, a diferencia de lo que suele ocurrir en la iniciativa privada, el principio de la eficiencia no solo se vincula a la mejor inversión de los recursos públicos, dado que la actuación administrativa busca realizar intereses y valores aún más importantes, entre los que se incluyen los sociales. Esto le induce a considerar la eficiencia administrativa como un principio con contenido diverso y propio, lo que no justifica la mera trasposición a la esfera pública de un raciocinio económico<sup>910</sup>.

Personalmente, suscribo esta corriente de pensamiento, puesto que la actuación de la Administración Pública, sobre todo en lo concerniente a las políticas

---

<sup>907</sup> Vid. J. DOS S. CARVALHO FILHO, *Manual de Direito Administrativo*, cit., p. 32-33.

<sup>908</sup> Vid. C. A. BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 104.

<sup>909</sup> Vid. J. A. DA SILVA, *Comentário Contextual à Constituição*, cit., p. 337.

<sup>910</sup> Vid. M. JUSTEN FILHO, *Curso de Direito Administrativo*, Saraiva, São Paulo, 2005. p. 85.

urbanísticas, no persigue la obtención de beneficios ni tampoco pretende competir por el mercado. El verdadero objetivo en materia de actuaciones, de inversiones y, también, de la ocupación y explotación del espacio urbano, es que se realice el mejor interés público y un mejor aprovechamiento del suelo de la ciudad, en aras de la garantía de la calidad de vida, lo que exige un tratamiento que escape a la lógica de mercado.

De cualquier forma, es posible advertir en los supuestos jurisprudenciales un tratamiento de la eficiencia a partir de puntos de vistas de cariz económico, como es el caso de la sentencia dictada por el Supremo Tribunal Federal, en el *Recurso Extraordinario* n.º 655.265/DF<sup>911</sup>. En dicha oportunidad, la Corte examinaba una cláusula de una convocatoria de oposiciones para plazas de jueces, en la que se restringía el acceso a los candidatos cuyo grado en Derecho, en el momento de la inscripción, tuviese una antigüedad de menos de tres años. En su fallo, la Corte hizo hincapié en conceptos como los del desperdicio, los costes, la falta de utilidad y los perjuicios, lo que denota un análisis de cariz eminentemente económico.

A su vez, la sala 2 del Superior Tribunal de Justicia, al dictar sentencia en el *Recurso Especial* n.º 1.323.256/RJ, en el que se apreciaba una alegación de insuficiencia presupuestaria del Estado para la implementación de una determinada política pública, reconoció que, junto con la cuestión presupuestaria, hay otros valores que deben ser apreciados, entre ellos, la eficiencia en la prestación de servicio que deriva directamente del art. 37 de Constitución Federal.

Tal y como se puede advertir, con el objeto de definir con precisión cómo debe actuar la Administración Pública para observar con rigor los preceptos constitucionales, el principio de eficiencia debe ser interpretado de forma conjunta con los diferentes principios, deberes y valores constitucionalmente consagrados. Esto atenúa la estricta vinculación de la eficiencia a la economicidad, además de ampliar los horizontes de su aplicación.

Por ello, entre las consideraciones que hace SILVA sobre el tema, la que me parece más precisa es la noción de que la eficiencia significa, al fin y al cabo, la

---

<sup>911</sup> Vid. RE n.º 655.265/DF, ponente Ministro EDSON FACHIN, sala del Tribunal Pleno, Supremo Tribunal Federal, DJe 05/08/2016.



consecución del mayor beneficio para alcanzar la finalidad de la Ley, con el empleo del menor coste posible, sobre la base de la relación de medios y resultados<sup>912</sup>. Al estar positivizado en la Constitución, este principio informa a toda la inmensa gama de actuaciones públicas, incluso aquellas en que la economicidad no es la pauta preponderante, conforme sucede muchas veces con la ordenación de la ciudad, ámbito en el que la aplicación de la eficiencia se efectúa mediante la interpretación sistemática de los art. 37 (eficiencia administrativa) y 182 (política urbana) de la Constitución.

En efecto, tal y como he mencionado previamente, desde el punto de vista del urbanismo, en no raras ocasiones la eficiencia no significa exclusivamente una economía en los costes o la obtención del máximo resultado con la mínima inversión. Por poner tan solo algunos ejemplos, también se traduce en que, mediante el planeamiento de la actividad administrativa, se logre la racionalización del consumo de los recursos medioambientales, la contención de una innecesaria expansión, la reurbanización de áreas degradadas, la racionalización del uso de los equipamientos y recursos ya disponibles. Dicho sea de otro modo, que se devaste menos, que se invierta menos en infraestructura urbana al utilizar la ya existente, que se aproveche mejor el espacio, etc., de modo que el valor predominante no es la economía, sino el desarrollo sostenible.

El hecho es que la utilización y la ocupación eficientes del territorio de la ciudad están directamente asociadas al desarrollo sostenible, conforme ya he subrayado en otra parte de esta investigación. Al ser así, en materia de urbanismo, no resulta tan complicado definir en el ordenamiento jurídico brasileño qué es lo eficiente, precisamente, porque la actividad urbanística presupone la utilización de muchos criterios técnicos.

Asimismo, cabe argumentar que, si bien es cierto que el *Estatuto de la Ciudad* no se remite explícitamente a la eficiencia, en su art. 2.4 determina como directrices generales de la política urbana: el planeamiento del desarrollo de las ciudades, de la distribución espacial de la población y de las actividades económicas, en

---

<sup>912</sup> Vid. J. A. DA SILVA, *Comentário Contextual à Constituição*, cit., p. 337.

aras de la corrección de las distorsiones del crecimiento urbano y de los impactos negativos sobre el medioambiente.

Además, el art. 2.5 asimismo prevé como directriz general la adecuación de la oferta de equipamientos urbanos y de servicios públicos, mientras que el art. 2.6 se remite al deber de control de la utilización inadecuada de los inmuebles, sobre todo, en lo relativo a los usos incompatibles, así como a la adecuación de las actividades urbanísticas a la infraestructura existente<sup>913</sup>.

Como se puede notar, existen unas claras balizas para la definición de qué es lo que se puede concebir como eficiencia en la ocupación y uso del suelo de la ciudad. Ahora bien, hasta fechas muy recientes, la eficiencia en materia urbanística derivaba de la hermenéutica constitucional (art. 37 y 182), aunque en una reunión en la Presidencia de la República en la que participaron, entre otros, el jefe de gabinete del

---

<sup>913</sup> «Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

(...)

IV – planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município e do território sob sua área de influência, de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente;

V – oferta de equipamentos urbanos e comunitários, transporte e serviços públicos adequados aos interesses e necessidades da população e às características locais;

VI – ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar:

a) a utilização inadequada dos imóveis urbanos;

b) a proximidade de usos incompatíveis ou inconvenientes;

c) o parcelamento do solo, a edificação ou o uso excessivos ou inadequados em relação à infraestrutura urbana;

d) a instalação de empreendimentos ou atividades que possam funcionar como polos geradores de tráfego, sem a previsão da infraestrutura correspondente;

(...)).

«Art. 2.º La política urbana tiene por objetivo ordenar el pleno desarrollo de las funciones sociales de la ciudad y de la propiedad urbana, mediante las siguientes directrices generales:

(...)

IV – planeamiento del desarrollo de las ciudades, de la distribución espacial de la población y de las actividades económicas del Municipio y del territorio bajo su área de influencia, de forma que se eviten y corrijan las distorsiones del crecimiento urbano y sus efectos negativos sobre el medio ambiente;

V – oferta de equipamientos urbanos y comunitarios, transporte y servicios públicos adecuados a los intereses y necesidades de la población y a las características locales;

VI – ordenación y control del uso del suelo, de forma que se evite:

a) la utilización inadecuada de los inmuebles urbanos;

b) la proximidad de usos incompatibles o inconvenientes;

c) la parcelación del suelo, la edificación o el uso excesivos o inadecuados respecto a la infraestructura urbana;

d) la instalación de emprendimientos o actividades que puedan funcionar como factores generadores de tráfico, sin la previsión de la infraestructura correspondiente;

(...)).

Presidente y uno de sus consultores jurídicos<sup>914</sup>, que versó sobre la regularización de asentamientos informales urbanos y rurales, esta investigadora defendió la importancia de que se hiciese un reconocimiento explícito de este principio. La razón radica en que, en Brasil todavía es norma que lo que no se declara expresamente, o no se recuerda o poco se valora.

Esto redundó en el enunciado de los arts. 8 y 10 de la *Medida Provisória* n.º 759, de 22 de diciembre de 2016<sup>915</sup>, *ad litteram*:

«Art. 8º Ficam instituídas normas gerais e procedimentos aplicáveis, no território nacional, à Regularização Fundiária Urbana - Reurb, a qual abrange medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais que visam à regularização de núcleos urbanos informais.

Parágrafo único. Os poderes públicos formularão e desenvolverão no espaço urbano as políticas de suas competências de acordo com os princípios de competitividade, sustentabilidade econômica, social e ambiental, ordenação territorial, eficiência energética e complexidade funcional, buscando que o solo se ocupe de maneira eficiente, combinando seu uso de forma funcional.  
(...)

Art. 10. Constituem objetivos da Reurb:

(...)

VIII - concretizar o princípio constitucional da eficiência na ocupação e no uso do solo.».

Sin lugar a dudas, el reconocimiento manifiesto de dicho principio no consiste en mera retórica, sino que se trata de un gran avance en términos del control de la potestad de planeamiento urbanístico, al establecer unas claras balizas para la revisión judicial de las opciones públicas, pues, según he esclarecido previamente, el *Estatuto de*

---

<sup>914</sup> Reunión celebrada el 21/12/2016 en el Palacio del Planalto, sede de la Presidencia de la República, a iniciativa del Jefe de Gabinete del Presidente, en la que se contó con la presencia de un subjefe jurídico de la Presidencia, del Secretario de Gestión del Territorio del Distrito Federal, del Director de la Compañía de Desarrollo Habitacional de Distrito Federal, además de tres Abogados de Distrito Federal, entre quienes se incluye esta investigadora.

<sup>915</sup> Las *medidas provisionales* son proyectos de ley, de iniciativa del jefe del poder ejecutivo, que, en virtud de su urgencia, entran en vigor inmediatamente después de su envío al Parlamento, para su apreciación y deliberación. La votación de las mismas debe tener lugar en un plazo máximo de 45 días, so pena de que la votación se tramite en régimen de urgencia y bloquee la agenda de votaciones del Parlamento.

<sup>915</sup> *Vid.* MP n.º 759, de 22 de diciembre de 2016, Presidencia de la República, DOU 23/12/2016.

la Ciudad define precisamente en su art. 2.º, qué es lo que se entiende por utilización eficiente del suelo.

En este contexto, su aplicación, a mi juicio, precisa ser trabajada para identificar el ámbito en el que opera. A partir de las ideas anteriormente indicadas por la doctrina brasileña, creo que la eficiencia en materia urbanística determina la ocupación racional y planeada del suelo urbano, con vistas a la obtención del máximo provecho<sup>916</sup> posible y sostenible. Todo ello con respeto a las peculiaridades de cada porción territorial y los condicionantes ambientales y de preservación histórico-cultural que eventualmente hagan acto de presencia en cada caso concreto.

En efecto, hay que tener mucho cuidado: la eficiencia en la ocupación del suelo debe traducirse en un especial cuidado con el medio ambiente. A mi juicio, esto solo se materializa cuando la ocupación produce los menores daños ambientales posibles, preserva los ecosistemas propios de cada local, establece maneras de corrección o mitiga la degradación generada. Igualmente, cuando estipula medios para que la Administración Pública estimule la ejecución de la reparación ambiental por el particular que la produce o que ocupa la fracción del territorio degradada o degradante del bioma<sup>917</sup>. En mi interpretación, la ocupación eficiente del suelo orientada por la sostenibilidad consiste precisamente en esto.

En consecuencia, la noción de eficiencia administrativa en la ocupación del suelo urbano debe estar asociada a la idea de que, además de una mera racionalización y planeamiento de dicha ocupación, se deben tener presentes importantes valores sociales. Constituyen ejemplos de ello: la preservación ambiental, el mantenimiento de comunidades autóctonas en áreas especialmente valoradas en los casos de reurbanizaciones, con el objeto de evitar la *gentrification*; el incentivo de la recuperación

---

<sup>916</sup> La legislación urbanística brasileña no se refiere directamente al principio de la eficiencia en la ocupación del suelo urbano, tal y como ocurre en España hoy en día, donde este principio regula el tema en el real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo.

<sup>917</sup> Por ejemplo, en Brasil la Ley del Sistema Nacional de Unidades de Conservación de la Naturaleza (Ley n.º 9.985/2000) establece en su artículo 36 las llamadas compensaciones ambientales, consistentes en deberes que se imponen a los responsables a causa de actividades potencialmente degradantes. Estos mecanismos que inicialmente están destinados en la creación o mantenimiento de parques públicos, aunque en la práctica, se suele traducir en el plantío de árboles, la recuperación de áreas degradadas, entre otros supuestos. Por otro lado, considero que las legislaciones municipales podrían prever beneficios fiscales para los solares recuperados.

de centros degradados con la finalidad de eludir una innecesaria expansión urbana; la ocupación de espacios urbanos vacíos que estén plenamente dotados de infraestructura, lo que permitiría evitar un doble vicio urbano muy común: la especulación inmobiliaria y la propia expansión innecesaria.

Como no podría ser de otra manera, el aspecto que considero más importante es la contención de la transformación del suelo rural en urbano, de manera que haya una preservación no solo de la vocación natural, sino, principalmente, de los procesos ecológicos que albergue, es decir, del bioma como un todo.

Una vez dicho esto, creo que la noción derivada de la aplicación de la norma de la eficiencia en la ocupación del suelo que debe tenerse siempre en cuenta es la de que las ciudades no necesariamente necesitan expandirse. Lo que deben aprender es a reinventarse en el territorio en el que ya están asentadas, una vez respetados, por supuesto, los valores asociados a la preservación histórica y cultural determinantes de la conservación en el tiempo de los registros históricos que no pueden verse afectados por los procesos de reurbanización.

Por otro lado, se debe tener en consideración que para que la ocupación urbana en Brasil sea eficiente, no puede volver la espalda a sus problemas sociales más importantes, como es el caso de la inseguridad, el segregacionismo, la falta de vivienda adecuada para las capas más humildes de la sociedad, cuestiones estas que son propias tanto del urbanismo como del Derecho de la ciudad.

Conforme destaca SILVA al comentar la norma general de eficiencia, la Constitución Brasileña consagró mecanismos que viabilizan su aplicación, entre ellos, la participación popular en la conformación de las acciones públicas<sup>918</sup>. Entiendo que este raciocinio puede ser adoptado perfectamente en el ámbito de la ordenación del territorio, ya que el Derecho urbanístico brasileño se somete a la participación popular, aunque lo cierto es que la actual participación ciudadana está más vinculada a la defensa de los

---

<sup>918</sup> Vid. J. A. DA SILVA, *Comentário Contextual à Constituição*, cit., p. 337.

intereses y conveniencias particulares, que a la salvaguardia del bien común, conforme puedo comprobar en mi cotidiana experiencia práctica en Brasilia<sup>919</sup>.

Todas estas reflexiones me llevan a concluir que la norma de la eficiencia, pese a las críticas, puede ser un buen instrumento de control de la actuación estatal de ordenación del uso y ocupación del suelo urbano, además de que su manera de operar debe ser construida a partir de la interpretación de la Constitución. Sin embargo, desgraciadamente, no he logrado encontrar un único ejemplo jurisprudencial en el que tal aspecto haya sido objeto de debate y control judicial.

## **6. Las claves para el control judicial del planeamiento urbanístico en Brasil**

Ya he destacado anteriormente que el eje del planeamiento urbano en Brasil es el plan director que es elaborado por el Poder Ejecutivo, a quien le cabe desempeñar la función pública del urbanismo, y aprobado por el Poder Legislativo, pertenecientes en ambos casos a la esfera municipal (CF., art. 182). Es, por lo tanto, una ley municipal en sentido estricto.

A pesar de su importancia para la ordenación del espacio urbano y de que interfiera en el ejercicio de algunos derechos fundamentales, el proceso de elaboración del plan en Brasil, hasta la fecha, no cuenta con una reglamentación federal. Esto permite que cada municipio brasileño opte por lo que mejor se adapte a su realidad o, adentrándose en un terreno resbaladizo, a sus conveniencias, en cualquiera de las acepciones que tome la palabra.

Esta ausencia de una norma general suscita un inconveniente todavía más impactante: la idea no verbalizada, aunque sí practicada, de que la libertad conformadora del espacio urbano con la que está investido el administrador público municipal es plena, esto es, que sus posibilidades creadoras son inagotables. Esto tiene

---

<sup>919</sup> No son raras las veces en las que los particulares comparecen en una audiencia pública para reivindicar supuestos derechos de preservación de la intimidad, en un intento de impedir que se construyan equipamientos públicos en los alrededores de su edificio o, también, para requerir el uso exclusivo de áreas públicas linderas.

lugar, inclusive, a pesar que se vean afectados derechos y valores asegurados por la Constitución, particularmente, el Derecho de propiedad, la igualdad, la libre iniciativa, el desarrollo sostenible, la preservación cultural, etc.

Tal cuadro fáctico ha dado lugar a normativas de toda especie: en unos casos, de gran calidad, es decir, legislaciones urbanísticas muy técnicas y que, en buena medida, satisfacen el interés público de ordenación sostenible orientada al futuro; aunque, lamentablemente, también a otras que contemplan intereses aislados, destinados a servir a sectores específicos de la sociedad.

Estos problemas pueden ocurrir tanto durante el proceso de elaboración del proyecto de ley por parte del Poder Ejecutivo como con ocasión de su tramitación por el Poder Legislativo, momento este en el que las distorsiones suelen ser no solo más significativas, sino también más evidentes, probablemente, debido a que es muy frecuente que los legisladores partan de la noción de la amplia discrecionalidad que es peculiar a la función política del Poder Legislativo.

Una vez llegados a este punto, el problema práctico que este trabajo debe resolver consiste en la vertebración objetiva de un régimen jurídico de la potestad de planeamiento en Brasil, tarea que tiene su punto de partida en la identificación de los límites a tal actividad.

Creo oportuno recordar que no resulta difícil intuir que la Constitución no deja dicha tarea al libre albedrío del administrador público, puesto que ello contrariaría la propia esencia del constitucionalismo, conforme he remarcado oportunamente. Ahora bien, en un sistema jurídico en el que los bienes y valores urbanísticos todavía carecen de un efectivo reconocimiento, todo intento de aclarar en qué consiste dicho régimen no puede resultar banal.

En lo concerniente al control de la legalidad, poco se puede aportar, pues el modelo de fiscalización judicial es muy completo y, conforme revela la jurisprudencia ya mencionada, asimismo muy amplio. Reitero que mi aportación al tratar este tema radica en la idea de la imperiosa necesidad de que la Ley federal establezca, como mínimo: 1) las directrices ineluctables, entre las que se incluyen las de carácter

medioambiental, así como el procedimiento general a ser observado en la elaboración del plan; 2) los elementos indispensables y las variables urbanísticas mínimas, medioambientales, sociales y económicas a ser apreciadas y ponderadas; 3) las fases generales a ser cumplidas; 4) el régimen de valoración del suelo; 5) los condicionantes a la expropiación urbanística; 6) el régimen de las compensaciones urbanísticas; 7) los mecanismos básicos de equidistribución.

Al tomar como referencia el sistema español, afirmo que dicha Ley debería establecer la obligatoriedad de la Memoria del Plan como un presupuesto de su validez, inclusive, en lo relativo al cumplimiento del requisito de su motivación. En este sentido, a pesar que especialmente la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Rio de Janeiro ya considere que es indispensable (bajo la denominación de «estudios técnicos»), este posicionamiento aún representa un caso aislado en el ámbito de la Federación.

También me parece necesario que, al igual que sucede en España, se establezca como requisito indispensable la indicación de las fuentes de financiación, es decir, la presentación del estudio económico-financiero, tan alabado por la doctrina española, de modo que se minimice el componente utópico del plan capaz de menoscabar la legitimidad de la norma.

El análisis jurisprudencial que he emprendido a lo largo de este capítulo corrobora mi idea inicial de que prácticamente no existe jurisprudencia específica que se ocupe del control de la potestad de planeamiento urbanístico. En las escasas ocasiones en las que sí se encuentra, el debate se restringe a discusiones relativas a los aspectos formales de su ejercicio (vicios en el procedimiento legislativo, en la iniciativa de propuesta del proyecto de ley, etc.) o a cuestiones competenciales.

Antes de cualquier otra cosa, como es obvio, la actuación discrecional de la Administración Pública está vinculada en todos sus ámbitos de actuación al cumplimiento de los principios constitucionales<sup>920</sup>. Vistas las cosas desde otra óptica, la Constitución limita toda arbitrariedad en la actuación administrativa, incluso en los

---

<sup>920</sup> Vid. J. FREITAS, *Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*, Malheiros, São Paulo, 2007, 1.ª ed., p. 8.



casos de potestades otorgadas por Ley, de manera que el control de sus elecciones en función de los límites y principios constitucionales es incuestionable<sup>921</sup>.

Como ya he puesto de manifiesto, la jurisprudencia tanto del Supremo Tribunal Federal como la del Superior Tribunal de Justicia admite la fiscalización incondicional del ejercicio de las potestades estatales, cualquiera que ellas sean, con base en los derechos fundamentales, en los principios rectores de la actividad administrativa y en los valores constitucionalmente consagrados. En los casos de colisión entre los mismos, lo que se lleva a efecto es el examen de racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad, en aras del mantenimiento de la estabilidad del sistema de garantías.

Es más, admite que es tarea del Poder Judicial comprobar plenamente su compatibilidad con la Ley y el Derecho, con el objeto de evitar abusos y arbitrariedades. En lo que se refiere específicamente a la arbitrariedad, es digno de mención que, a pesar que la Constitución no incluya un rechazo explícito de la misma, tal como sí sucede en España, su repudio deriva de la esencia misma del Estado de Derecho. Por otra parte, su identificación no depende sino de un análisis de la racionalidad, la proporcionalidad y la razonabilidad, criterios frecuentemente utilizados por nuestros tribunales.

Incluso cuando se considera la inexistencia de jurisprudencia específica sobre el tema en dichos tribunales, debido a que las instancias judiciales inferiores prácticamente no dirimen sobre este asunto, es evidente que también se pueden esgrimir sus razonamientos en los supuestos urbanísticos. En realidad, dicho vacío no obsta para que se pueda identificar el régimen de los límites y del control de dicha potestad pues, por un lado, el sistema constitucional brasileño es muy detallista y proporciona directrices claras; y por otro, los criterios de control de los que ya se vale el Poder Judicial son suficientes para hacer posible la plena fiscalización.

A mi juicio, es perfectamente factible que en las controversias sobre la equidistribución de los beneficios y cargas de la planificación, sobre la recuperación de las plusvalías, sobre los distintos aprovechamientos urbanísticos atribuidos a las

---

<sup>921</sup> Vid. O. BACHOFF, *Jueces y Constitución*, Taurus, Madrid, 1963, p. 32-3.

parcelas del suelo, sobre los deberes impuestos a los propietarios etc., el Poder Judicial pueda analizar *a priori* su compatibilidad con los derechos fundamentales, con los principios rectores de la Administración Pública y con los valores constitucionalmente protegidos. Asimismo, son susceptibles de someterse al examen de racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad, todas ellas debidamente tratadas en esta tesis.

Lo que sí he podido verificar es que, aunque de forma aislada, los tribunales estatales sí que han avanzado más en el tema, dado que les cabe revisar las decisiones dictadas sobre la base del derecho municipal, principal fuente de la ordenación urbana, aunque raramente acaban llegando a los tribunales superiores

En este punto del trabajo, lo que me compete es empezar a vertebrar lo qué a mi modo de ver son los límites a la potestad de planeamiento urbano en Brasil y, con toda modestia, intentar suplir el vacío jurídico que tiene lugar en la actualidad.

A modo de resumen y para reiterar algunas nociones ya desarrolladas en este trabajo, constituyen claros límites a la potestad de planeamiento desde el punto de vista constitucional: 1) el contenido esencial de los derechos fundamentales; 2) los principios rectores de la Administración Pública; 3) la competencia definida para cada unidad de la Federación; 4) los bienes y valores constitucionalmente garantizados (especialmente, la tutela del medioambiente, la tutela del patrimonio cultural y el deber de planeamiento a la que se somete el Poder Público).

En lo que respecta a los derechos fundamentales, las normas urbanísticas deben compaginar la disciplina del uso y la ocupación del suelo con los aspectos atinentes a su contenido mínimo, ya sea cuando se trate de la propiedad, de la libertad de empresa o de derechos y valores protegidos constitucionalmente. Sin embargo, según he constatado, reconozco que los tribunales patrios, al controlar el ejercicio de las potestades públicas sobre otros bienes protegidos por la Constitución, convergen al efectuar la ponderación y el examen de razonabilidad, proporcionalidad y racionalidad. Ahora bien, esto no suele ocurrir así cuando el tema es el de la ordenación urbanística, pues hay una evidente dificultad para identificar y valorar los bienes intervinientes, lo que muchas veces implica que acabe por someterse a la disciplina de otras ramas del Derecho, especialmente, la del Derecho Civil.

Esto ocurre, sobre todo, cuando lo que se contrapone con las opciones urbanísticas es la propiedad o la libertad de empresa, conforme se advierte en la jurisprudencia que previamente he transcrito. Pocas son las veces en las que las cortes, ante alegaciones de violación de derechos fundamentales, logran constatar cuáles son los bienes urbanísticos que están en conflicto e identificar su peso/valor constitucional.

Constituye un ejemplo de ello la sentencia dictada por el Supremo Tribunal Federal, mencionada con anterioridad, en la que se admitió la usucapión de una parcela de menor superficie que la del módulo mínimo urbanístico, en la que acabó por aplicarse exclusivamente el art. 183 de la Carta, en virtud de lo que se determinó su parcelación del módulo original. El Tribunal Constitucional no razonó que la propia Constitución establece que el plan es el eje de la ordenación urbana y sus disposiciones son de carácter imperativo. No hay duda de que en casos como el del ejemplo, el juicio de ponderación es absolutamente indispensable, algo que desgraciadamente no tuvo lugar.

Como es obvio, cuando las cortes judiciales aprecian supuestos urbanísticos en contraste con los derechos fundamentales, pueden y deben hacer uso, así como adaptar los mismos razonamientos constitucionales de los que se valen los Tribunales en los casos en los que lo que está en conflicto son otros bienes.

En este sentido, parece oportuno preguntarse acerca de qué carecen los Tribunales. Están desprovistos de la suficiente base teórica, por lo que ante situaciones en las que las cortes adolecen de una evidente falta de conocimientos, son las partes litigantes las que se encargan de aportarlos. A este respecto, no le falta la razón a DELGADO BARRIO cuando afirma «que la doctrina es, en ocasiones, la “prejurisprudencia”»<sup>922</sup>. En Brasil, la discusión jurisprudencial es pobre, lo que es un reflejo de la propia pobreza de la argumentación de quienes someten las tesis para su examen. De modo diferente a lo que sucede en España, motivo este por el que desarrollo esta tesis en una Universidad española, prácticamente no existe doctrina

---

<sup>922</sup> Vid. J. DELGADO BARRIO, *El control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico*, cit., p. 25.

especializada en Derecho Urbanístico y mucho de lo que se escribe se confunde con sociología urbana.

Esto ocasiona un escenario en el que, entre las fuentes directas del Derecho urbanístico, la que prepondera es la legislativa, pues el desarrollo de las otras — doctrinal y jurisprudencial— constituye aún una asignatura pendiente. En consecuencia, la elaboración de argumentaciones jurídicas que se sometan al control judicial debe ser, en este momento específico, una tarea tanto de los profesionales del Derecho que trabajan directamente en las cortes como de aquellos cuya labor consiste en la producción de insumos teóricos. Esto es algo que se puede realizar, como ya he mencionado, a partir de los razonamientos jurisprudenciales preexistentes y tras una mera sustitución de los bienes sopesados.

Estas mismas circunstancias se repiten cuando se trata de la aplicación de los principios rectores de la Administración Pública, sobre todo, en lo atinente a la aplicación de aquellos cuyo contenido es más impreciso, como es el caso de la moralidad administrativa y la eficiencia. El estudio jurisprudencial revela que el control de la legalidad es muy amplio y en su ámbito se pueden fiscalizar entre otros aspectos, desde los aspectos formales, hasta los motivos determinantes, así como las desviaciones y abusos de poder y las arbitrariedades.

No obstante, los principios rectores de la Administración Pública de moralidad administrativa y de eficiencia son terrenos muy poco explorados, a pesar de que podrían constituirse como importantes criterios de control. La moralidad puede ser interpretada a partir de la noción de interdicción de la arbitrariedad, operando todas las pruebas que he descrito en la experiencia española. Debo reconocer en cualquier caso que esto no es de mi cosecha, puesto que ya figura en la interpretación de un razonamiento llevado a cabo por el Supremo Tribunal Federal en un supuesto ajeno a la cuestión urbanística<sup>923</sup>.

De cualquier forma, el elemento de control cuyo desarrollo más me entusiasma es la eficiencia de la ocupación del suelo, pues dadas las infinitas

---

<sup>923</sup> Vid. ADI 1923/DF, ponente Ministro LUIZ FUX, Sala Tribunal Pleno, Supremo Tribunal Federal, DJe 16/12/2015.

posibilidades de comprensión que conlleva, proporciona un amplio ámbito para el control de la discrecionalidad. En teoría, su articulación permitiría si no la desaparición del componente de la planificación al que la doctrina denomina profusamente como «lotería», sí su significativa mitigación. Esto se debe que el resultado esperado del planeamiento ya no estaría tan abierto a los subjetivismos del planificador, sino que quedaría vinculado a las nociones de un menor consumo del suelo, de compacidad de la ciudad, de una mejor utilización de los equipamientos e infraestructuras urbanas, entre otras que ya he tratado anteriormente.

De hecho, el planificador ya no podría limitarse a decidir devastar una zona verde de la ciudad, sino que tendría que presentar las razones técnicas y de hecho que justifiquen tal distribución espacial de la ciudad, no solo en aras de garantizar la preservación ambiental, tal como podría suponerse a primera vista, sino también para cumplir las directrices del *Estatuto de la Ciudad* relativas al uso racional del suelo, algo íntimamente vinculado a la noción de eficiencia.

Es posible objetar que se trata de una forma eminentemente técnica del control del uso del suelo, que pretende un mejor aprovechamiento de la ciudad, pero la verdad es que no se limita a ello, puesto que se toman en consideración todas las variables urbanísticas y asimismo contempla los aspectos sociales y humanos, los cuales pasan también a ser controlables por el Poder Judicial.

En Brasil, *de lege lata*, disponemos de suficientes preceptos que orientan qué es lo que se puede entender por un uso eficiente del suelo, especialmente el art. 2 del *Estatuto de la Ciudad*, puesto que sus directrices son particularmente explícitas, conforme he demostrado anteriormente. Además, tampoco se circunscribe al mismo, dado que la legislación sectorial también establece preceptos en los que se puede advertir claramente que la eficiencia se instituye como criterio que debe guiar las opciones públicas.

En lo concerniente a la legislación infraconstitucional, ella misma constituye un importante límite, entre la que creo oportuno destacar: 1) las normas de aplicación directa (Ley de carreteras, Código Forestal, Leyes Sanitarias, Ley de

Regularización de Asentamientos Urbanos; Ley de Parcelación del Suelo, etc.); 2) los estándares y principios derivados del *Estatuto de la Ciudad*.

En esta tesitura, las claves jurisprudenciales para el actual control de la potestad de planeamiento en Brasil, son fácilmente identificables, a pesar que esto no llegue a ser efectuado por los órganos legitimados para el ejercicio del control externo de la actividad administrativa, (particularmente, la Fiscalía) y que tampoco lo logren los distintos tribunales que se ocupan de la materia urbanística.

## Conclusiones

1. Este trabajo tiene su germen en la constatación de que en Brasil, a pesar que el control de la actividad administrativa en general disponga de unas bases muy firmes y que tanto la doctrina como la jurisprudencia lo ejerzan a conciencia, no sucede otro tanto con el control de la potestad de planeamiento urbanístico. Salvo en raras excepciones, ni la doctrina ni la jurisprudencia se han ocupado de estudiar más profundamente el propio planeamiento urbanístico en cuanto forma de actuación de los poderes públicos y, aún menos, sus aspectos jurídicos, sus límites y, por ende, sus modos de control.

No hay, por lo tanto, un régimen jurídico vertebrado y fácilmente identificable, cuyos fundamentos puedan ser comprendidos y observados en la labor diaria de los urbanistas, que son, al fin y al cabo, los destinatarios inmediatos de tal régimen, dado que es precisamente a ellos a quienes les cabe elaborar el plan general (plan director) y los proyectos de Ley y políticas públicas que versan sobre la ordenación urbanística.

Ahora bien, como ha puesto de relieve esta tesis, el planeamiento urbanístico consiste en un juicio eminentemente discrecional que, al ser convertido en norma, atribuye derechos y delimita y condiciona su ejercicio. Es precisamente aquí donde reside la importancia de dilucidar en qué consiste y cuál es el ámbito de actuación de la potestad de planeamiento urbano en el ordenamiento jurídico.

2. Como es natural, la carencia en Brasil de estudios sobre el tema ha producido efectos muy negativos que son visibles sin mayor esfuerzo en ciertas aglomeraciones urbanas: ciudades con un alto índice de dispersión urbana, en oposición a la moderna idea de la compacidad difundida mundialmente, la tendencia a los asentamientos irregulares, el déficit de oferta de equipamientos urbanísticos, la creación de nuevas zonas en detrimento de la recuperación y reurbanización de zonas preexistentes y *brownfields*. Dicho sea esto sin ambages, tales efectos se contraponen a la idea del desarrollo sostenible, conforme creo haber demostrado en la segunda parte de la tesis.

Todos estos problemas que acabo de mencionar no se han descrito minuciosamente en el cuerpo de esta tesis, dado que, de hecho, su examen es propio de la ciencia urbanística y medioambiental. Lo que le cabe al Derecho es presentar los instrumentos jurídicos capaces si no de evitarlos, al menos de mitigarlos significativamente. Por poner simplemente dos ejemplos, es pertinente resaltar que desde una perspectiva jurídica, dichos problemas, además de no encajar con la modernísima concepción de política urbana consagrada en la Constitución Federal de 1988, menoscaban palmariamente la regla de preservación medioambiental asimismo establecida en nuestra norma fundamental.

3. En esta tesis intento identificar los límites a la potestad de planeamiento urbanístico fijados en el ordenamiento jurídico brasileño, los aspectos que se deben controlar y el modo de operación de dicho control. En lo que respecta a España, estas cuestiones ya tienen respuesta en gran medida, mientras que en el caso de Brasil, aún se carece de un estudio más profundo, situación que justifica tanto la importancia académica de este trabajo como que se valga del ordenamiento jurídico español como marco jurídico.

4. Ahora bien, mi prolongada trayectoria en el ejercicio del Derecho urbanístico me proporcionaba una visión previa muy particular de la controversia objeto de esta tesis. Esta circunstancia podría hacer que se viese comprometido el aspecto más esencial de un trabajo académico que pretende llamar la atención sobre este tema, además de suscitar discusiones en el ámbito jurídico patrio: su imparcialidad.

Por este motivo, este trabajo empieza con un estudio destinado a comprender mínimamente aspectos tales como la manera en que las ciudades han llegado a su actual configuración a lo largo de la historia, el proceso urbano, el papel del Derecho y de los Poderes Públicos en la ordenación del uso y de la ocupación de la ciudad. De la misma forma, analiza las repercusiones que ellos pueden tener en la esfera de los intereses de los ciudadanos y la manera de brindarles protección a este respecto.

5. La primera parte, por consiguiente, desvela los conceptos básicos que abarca el planeamiento urbanístico, lo que permite llegar a las siguientes conclusiones:



1) los frecuentes cambios que experimentan las ciudades no solo son producto del natural desarrollo humano, sino que además son determinados en gran medida por las fuerzas dominantes; 2) las ciudades a lo largo de la historia han servido de marco para los más diversos propósitos, algunos de ellos adecuados y otros censurables; 3) el Poder Público debe conducir la gestión del proceso urbano y, por ende, el Derecho tiene un importante papel que cumplir.

Desde el punto estrictamente jurídico, ha elucidado que: 1) la idea de interés público determina en los poderes públicos un carácter más interventor sobre el contexto social; 2) la noción del Estado de Derecho y los ideales que comporta (la titularidad del poder recae en el pueblo, la consagración de los derechos fundamentales y la sumisión de los poderes públicos a la Ley, factores estos que condicionan las actividades públicas en toda su amplitud) han motivado un devenir en la naturaleza de la Administración Pública; 3) las potestades públicas deben ser limitadas y controladas, máxime, cuando ellas repercuten en los derechos fundamentales; 4) les incumbe a los Poderes públicos garantizar a los diversos titulares de tales derechos su ejercicio simultaneo, así como su compaginación legal con todos los otros derechos, bienes jurídicos y valores igualmente consagrados en la Constitución; 5) el planeamiento urbanístico, una importante función pública en la actualidad, tiene como característica esencial que deriva de un juicio administrativo discrecional, tal y como reconocen de forma unívoca tanto la doctrina como la jurisprudencia españolas.

6. Una vez elucidadas las cuestiones fundamentales del planeamiento urbanístico, la segunda parte de la tesis examina el urbanismo como una función pública y su repercusión en los derechos fundamentales y en los bienes y valores constitucionalmente protegidos. A modo de resumen, en ella se pone de manifiesto que: 1) el urbanismo es una función pública, lo que implica decir que es a los Poderes públicos a los que les cabe las decisiones urbanísticas fundamentales acerca del uso y la ocupación de la ciudad, sin perjuicio de la participación popular en algunos supuestos; 2) las normas urbanísticas tienen naturaleza atributiva en lo que se refiere a las facultades y restricciones urbanísticas; 3) dichas normas impactan en derechos fundamentales, valores y bienes constitucionales, pues determinan el contenido del Derecho de propiedad, de la libre empresa, y de otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos; 4) el planeamiento urbanístico es la forma de actuación

por antonomasia de dicha función pública y el plan, su más importante mecanismo de concreción; 5) el hecho de que sea una actividad administrativa esencialmente discrecional, demanda la vertebración de un eficiente modelo de control.

7. En España, la potestad de planeamiento urbanístico tiene límites bastante precisos y está sujeta a un modelo de control en constante evolución, entre cuyas balizas destacan: 1) la igualdad ante las cargas públicas; 2) la interdicción de la arbitrariedad; 3) la obligatoriedad de presentación de la memoria del plan y del estudio económico-financiero; 4) la fuerza normativa de lo fáctico; 5) la evaluación ambiental estratégica; 6) la eficiencia en el uso y la ocupación del suelo.

8. A pesar que la Constitución brasileña haya llegado mucho más lejos que la española en la positivización de la política urbanística, dado que le dedica un capítulo exclusivo, las distintas funciones del Estado (Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y Poder Judicial) todavía no la aplican de forma satisfactoria. Por este motivo y también porque se trata de un Estado de Derecho, es importante identificar los límites a la potestad de planeamiento existentes hoy en día, su rango y, por último, sus hipótesis de aplicación.

9. Esta tesis pretende dar respuesta a esta cuestión. Dichos límites son: 1) el contenido esencial de los derechos fundamentales (art. 5 CF); 2) los principios rectores de la Administración Pública (art. 37 CF); 3) los principios rectores de la política urbana (art. 182 y 183 CF), de preservación cultural (art. 216 CF) y de preservación medioambiental (art. 225 CF), sin olvidar todos los otros valores y bienes constitucionalmente consagrados.

10. La legislación de desarrollo, asimismo, es otro importante factor de limitación de dicha potestad, entre la que cabe destacar, por su especial significación: 1) las normas de aplicación directa (Ley de carreteras, Código Forestal, Leyes Sanitarias, Ley de Regularización de Asentamientos Urbanos; Ley de Parcelación del Suelo etc.) y 2) los estándares y principios derivados del *Estatuto de la Ciudad*.

11. Dichos límites operan a un tiempo como importantes claves para el control externo de su ejercicio por parte del Poder Judicial. Con todo, conforme he

puesto de manifiesto, a diferencia de como ocurre en los demás supuestos sometidos al control judicial, la jurisprudencia aún se muestra dubitativa cuando el asunto sobre el que se controvierte es la potestad de planeamiento urbanístico. Esto se debe, en buena medida, al hecho de que los profesionales de Derecho, por lo general, no dominan ni manejan correctamente los aspectos y bienes jurídicos típicos del Derecho urbanístico.

Son escasas las ocasiones en las que se someten al Poder Judicial cuestiones que vayan más allá de denuncias referentes a la conculcación de aspectos formales de la actuación administrativa. De hecho, raramente se cuestionan las propias opciones públicas, a pesar de que, como creo haber puesto de relieve, el control de la discrecionalidad de planeamiento puede ser más intenso si se toma como base la propia Constitución, la norma que fundamenta tal función pública.

12. De todo el análisis que he emprendido, concluyo que los postulados, criterios y parámetros jurisprudenciales usualmente utilizados por los Tribunales para el control de la actividad administrativa en general, también pueden ser utilizados para el control de la potestad de planeamiento urbanístico.

Hago hincapié en que aún persiste la deficiencia del Poder Judicial para identificar perfectamente los bienes jurídicos intervinientes, por lo que es a las partes litigantes a las que les cabe el papel de invocarlos. Este hecho perjudica el juicio de ponderación típico de las decisiones en las que hay derechos que entran en colisión. Asimismo, redundando en perjuicio de la efectividad de las previsiones constitucionales.

13. Constituye igualmente una conclusión de esta tesis que los principios rectores que son de difícil aplicación como criterio de control de las potestades públicas, es decir, la moralidad administrativa y la eficiencia, sí que podrían ser usados perfectamente en la revisión de la actividad administrativa de planeamiento urbanístico. Por ejemplo, en lo atinente al principio de eficiencia, la jurisprudencia española mencionada es diáfana al aclarar de qué modo se puede hacer uso del mismo. En cuanto al principio de moralidad administrativa, existen razones para entender que la doctrina española sobre la interdicción de la arbitrariedad puede representar una buena fuente de interpretación.

Me reafirmo categóricamente en que, en la actualidad, las claves jurisprudenciales para el control de la potestad de planeamiento en Brasil son de muy fácil identificación. Sin embargo, los órganos legitimados para ejercer el control externo de la actividad administrativa (particularmente la Fiscalía) son poco proclives a determinar e implementar una mejor base de control. En lo que respecta a los Tribunales, tampoco están comprometidos con esta tarea, puesto que con desconcertante frecuencia, sostienen la tesis de que el núcleo de los actos discrecionales no es controlable, obviando de esta forma que no solo son fiscalizables sus aspectos formales, sino también los substanciales.

14. Desafortunadamente, en un país en el que los urbanistas ignoran el tratamiento constitucional que se confiere a la función pública atinente al urbanismo, el papel de los profesionales del Derecho es fundamental para dotar de efectividad a tales preceptos. Asimismo, también lo son para la creación de la noción fundamental de que el urbanismo representa un «modo de vida» que debe armonizar todo un conjunto de derechos individuales con las nociones del desarrollo sostenible y de la solidaridad entre las generaciones presentes y futuras.

15. Por todo ello procede, a mi juicio, acometer una revisión inmediata del *Estatuto de la Ciudad* para que, guardando el debido respeto a las cuestiones competenciales: 1) discipline el procedimiento básico de elaboración y estructuración de los planes generales (directores); 2) establezca criterios objetivos para la categorización del suelo; 3) exija la presentación de las fuentes de financiación; 4) defina cuáles son los estudios ambientales y de impacto en la vecindad que resulten imprescindibles, sin perjuicio de cualquier otro que se haga necesario en un supuesto dado; 5) establezca el régimen de valoración del suelo.

16. Todo lo demás constituye un quehacer tanto de los juristas, a quienes les incumbe el ejercicio de acciones ante los Tribunales en defensa de los derechos e intereses de propietarios y ciudadanos en general, como de los teóricos y académicos, cuya tarea debe ser la consolidación de una doctrina que sirva de firme pilar para la jurisprudencia, en corroboración con la premisa de DELGADO BARRIO, para quien la doctrina es la prejurisprudencia.

## Bibliografía citada

ALESSI, R., *Instituciones de Derecho Administrativo*, Vol. 1, Bosch, Barcelona, 1970.

ALOMAR ESTEVE, G., *Teoría de la Ciudad. Ideas fundamentales para un urbanismo humanista*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1949.

ALEXY, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

ALVES CORREIA, F., *Manual de Direito do Urbanismo*, V. I, Almedina, Coimbra, 1.<sup>a</sup> ed., 2001.

– *O Plano Urbanístico e o Princípio da Igualdade*, Almedina, Coimbra, 1989.

ALZAGA VILLAAMIL, O., GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., RODRÍGUEZ ZAPATA, J., *Derecho Político Español, según la Constitución de 1978*, V. I, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2010.

– *Derecho Político Español*, V. II, Ramón Areces, Madrid, 2008, 4.<sup>a</sup> ed.

AMARAL FURQUIM, C. DO, *O Direito de Construir na Perspectiva Urbanístico-Constitucional*, Del Rey, Belo Horizonte, 2013.

AMARAL, D. F. DO, *Apreciação da Dissertação de Doutoramento do Licenciado Fernando Alves Corrêa – O plano urbanístico e o princípio da igualdade*, Revista da Faculdade de Direito de Lisboa, XXXII, 1991.

– *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 1986

ANGOSTO SÁEZ, J. F., *El jus aedificandi y el derecho de propiedad sobre el suelo urbano*, Universidad de Murcia, Murcia, 1998.

ASCENSÃO, J. O., *Direito Civil – Reais*, Coimbra, Coimbra, 2000, 5.<sup>a</sup> ed. reimpressão.

ARIÑO ORTIZ, G., GALLEGU ANABITARTE, A., en la presentación de J. H. KAISER (coord.), ARIÑO ORTIZ, G. y GALLEGU ANABITARTE, A., *Planificación, Estudios Jurídicos y Económicos*, tomo I, IEA, Madrid, 1974.

ASCHER, F., *Los Nuevos Principios del Urbanismo, El fin de las ciudades no está a la orden del día*, Alianza Editorial, Madrid, 2012, 4.<sup>a</sup> ed.

ASCHER, F. y GIARD, J. O., *O Urbanismo e a Política*, Estampa, Lisboa, 1976.

ARGAN, G. C. *História da Arte como História da Cidade*, Martins Fontes, São Paulo, 2010, 5.<sup>a</sup> Ed, 2.<sup>a</sup> tiragem.

ATIENZA, M., *Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica*, Revista Española de Derecho Administrativo, 85, 1995.

BANDEIRA DE MELLO, C. A., *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, Malheiros, São Paulo, 1995, 3.<sup>a</sup> ed., 3.<sup>a</sup> tir.

– *Curso de Direito Administrativo*, Malheiros, São Paulo, 2002, 14.<sup>a</sup> ed.

– *Novos Aspectos da Função Social da Propriedade no Direito Público*, Revista de Direito Público, Rio de Janeiro, n.º 84, 1987.

BANDEIRA DE MELLO, O. A., *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, Vol. I, 2.<sup>a</sup> ed., 1979.

BAÑO LEÓN, J. M., *Derecho Urbanístico Común*, Iustel, Madrid, 2009.

BARBOSA, R., *Oração aos Moços*, “Casa Rui Barbosa”, p. 26. Fecha de consulta: 02/08/2016. Disponible en:

[http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui\\_barbosa/FCRB\\_RuiBarbosa\\_Oracao\\_aos\\_mocos.pdf](http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/FCRB_RuiBarbosa_Oracao_aos_mocos.pdf).

BASSOLS COMA, M., *Génesis y evolución del Derecho Urbanístico Español (1812 – 1956)*, Montecorvo, Madrid, 1973.

- *La planificación urbanística y su contribución al desarrollo urbanístico sostenible*, en ESTEVE PARDO, J., *Derecho del Medio Ambiente y Administración Local*, 2006, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2006.

BACHOFF, O., *Jueces y Constitución*, Taurus, Madrid, 1963.

BARNÉS VÁZQUEZ, J. *Una nota sobre el análisis comparado. A propósito del control judicial de la discrecionalidad administrativa*, en HINOJOSA MARTÍNEZ, E., GONZÁLEZ-DELEITO DOMÍNGUEZ, N., *Discrecionalidad Administrativa y control judicial*, Civitas, Madrid, 1996.

BELTRÁN DE FELIPE, M., *Discrecionalidad Administrativa y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1995.

BENDA, E., MAIHOFFER, W., VOGEL, H., HESSE, K., HEYDE, W., *Manual de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2.<sup>a</sup> ed., 2006.

BENEVOLO, L., *As origens da Urbanística Moderna*, Presença, Lisboa, 1987.

BERMEJO VERA, J., *Derecho Administrativo. Parte Especial*, Thomson Civitas, Madrid, 2009, 7.<sup>a</sup> ed.

- *Derecho Administrativo, Parte General*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2009, 7.<sup>a</sup> ed.

BOBBIO, N., MATTEUCCI, N. y PASQUINO, G. *Dicionário de Política*, Universidade de Brasília, 1992, 4.<sup>a</sup> ed.

BRASILEIRO, A. M., *Política urbana – quem decide?*, en PESSOA, A., *Direito do Urbanismo*, Livros Técnicos e Científicos, Rio de Janeiro, 1981.

BUARQUE DE HOLANDA, S., *As Raízes do Brasil*, Companhia das Letras, São Paulo, 2010, 26.<sup>a</sup> ed., 34.<sup>a</sup> reimpresión.

CAETANO, M., *Manual de Ciência Política e Direito Manual de Ciência Política e Direito Constitucional*, Tomo I, Almedina, Coimbra, 2012, 6.<sup>a</sup> Ed., 5.<sup>a</sup> reimpresión.

CALSAMIGLIA, A., *Justicia, eficiencia y optimización de la legislación*, Revista Documentación Administrativa, n.º 218/219, T. II *Administración y Constitución, El Principio de Eficacia*, INAP, Madrid, 1989.

CARABBA, M., *L'intervento Pubblico per la sistemazione del territorio*, Giuffrè, Roma, 1970.

CARCELLER FERNÁNDEZ, A., *El derecho y la Obligación de Edificar*, Montecorvo, Madrid, 1965.

- *Instituciones de Derecho Urbanístico*, Montecorvo, Madrid, 1991, 5.ª ed.
- *Manual de Disciplina Urbanística*, Tecnos, 1983.

CARRÉ DE MALBERG, R., *Teoría General del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2000, 2.ª ed., 1.ª reimpresión.

CASSESE, S., *Las Bases del Derecho Administrativo*, INAP, Madrid, 1994.

CASTELAO RODRÍGUEZ, J., SÁNCHEZ GOYANES, H., *Ley del Suelo, Comentario sistemático de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo*, La ley/El Consultor de Ayuntamientos, Madrid, 2007, 1.ª ed.

CHUECA GOITIA, F., *Uma Breve História do Urbanismo*, Martins Fontes, São Paulo, 1982, s/ed.

COSCULLUELA MONTANER, L., *Manual de Derecho Administrativo*, Parte General, Civitas, Cizur Menor, 2010, 21.ª Ed..

- *Presupuestos Constitucionales de las competencias de ordenación urbanística*, en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Tomo IV, *Del Poder Judicial. Organización Territorial del Estado*, Civitas, Madrid, 1991, 1.ª ed.

COUTO E SILVA, A. DO, *Poder Discricionário no Direito Brasileiro*. Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul, RPGE, Porto Alegre, 2003, nº 57.

DALLARI BUCCI, M. P., *Direito Administrativo e Políticas Públicas*, Saraiva, São Paulo, 2002.

DE LA CRUZ FERRER, J., *Sobre el control de la discrecionalidad en la potestad reglamentaria*, Revista de Administración Pública, n.º 116, 1988.

DELGADO BARRIO, J., *El control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico*, Civitas, Madrid, 1993, 1.ª ed.

- *El control judicial de la discrecionalidad administrativa en el planeamiento urbanístico*, en RENTERÍA AROCENA, A., (dir.), *Urbanismo, Función Pública y Protecciones de Derechos Individuales*, Civitas, Madrid, 1998.

DESDENTADO DAROCA, E., *Discrecionalidad Administrativa y Planeamiento Urbanístico*, en MARTÍN REBOLLO, L y BUSTILLO BOLADO, R. O., *Fundamentos de Derecho Urbanístico*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2007, 1.ª ed.

- *Discrecionalidad Administrativa y Planeamiento Urbanístico. Construcción Teórica y Análisis Jurisprudencial*, Aranzadi, Pamplona, 1997, s/ed.

DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L., *Algunas reflexiones sobre el Derecho de propiedad privada en la Constitución*, en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., *Estudios sobre la*

*Constitución Española: Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Vol. II. *De los derechos y deberes fundamentales*, Civitas, Madrid, 1991.

DÍEZ-PICAZO, L. M., *Sistema de Derechos Fundamentales*, Thomson Civitas, Madrid, 2003, 1.<sup>a</sup> ed.

DREIER, H., *En torno a la «independencia» de la Administración*, Revista Documentación Administrativa, 1993, n. 234, *El Derecho Administrativo en Alemania*.

DUGUIT, L., *Las transformaciones del Derecho Público*, Analecta, Pamplona, 2006.

- *Las Transformaciones del Derecho Público y Privado*, Comares, Granada, 2007, s/ed.

ESCRIBANO COLLADO, P., *La Propiedad Privada Urbana. Encuadramiento y Régimen*, Montecorvo, Madrid, 1979, s/ed.

EISENMANN, C., *O Direito administrativo e o princípio da legalidade*, Revista de Direito Administrativo, n.º 56, 1959.

ENGISCH, K. *Introdução ao Pensamento Jurídico*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2004.

FERNÁNDES, E., ALFONSÍN, B., *Coletânea de Legislação Urbanística – Normas Internacionais, Constitucionais e Legislação Ordinária*, Fórum, Belo Horizonte, 2010, 1.<sup>a</sup> ed.

FERNÁNDEZ TORRES, J. R., *Arbitrariedad y Discrecionalidad, dos décadas después*, en GARCÍA DE ENTERRÍA E. Y ALONSO GARCÍA R., *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial: liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Vol. I, Civitas, Madrid, 2012.

- *El Derecho Urbanístico en España*, en HUMERO MARTIN, A. E., (dir.), FERNÁNDEZ TORRES, J. R. (coord.), VELA COSSÍO, F. (coord.), *Tratado Técnico-Jurídico de la Edificación y del Urbanismo*, T. IV. Aranzadi Thomson-Reuters, Madrid, 2010.
- *El Principio de Equidistribución en la Fase de Planeamiento. A propósito de la importante STS de 27 de mayo de 2015*, Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación, n.º 34, 2015.
- *La Evaluación Ambiental Estratégica de Planes y Programas Urbanísticos*, Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación, núm. 19, 1.<sup>a</sup> ed., Madrid, 2009.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *De la Arbitrariedad de la Administración*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008, 5.<sup>a</sup> ed.

- *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*, Iustel, Madrid, 2005.
- *El Urbanismo Concertado y la Ley del Suelo*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1974.
- *Manual de Derecho Urbanístico*, El Consultor de los Ayuntamientos, Las Rozas, 2008, 21.<sup>a</sup> ed.



- *Manual de Derecho Urbanístico*, Civitas, Madrid, 2016, 24.<sup>a</sup> ed.
- *Poder Discrecional y Constitución*. Revista Otrosí, Madrid, 2011, n.º 7.
- *Reflexiones en torno al Principio de Igualdad en el Ordenamiento Urbanístico*, Revista de Derecho Urbanístico, 1979, n.º 63.
- *Sobre el Derecho y el quehacer de los juristas. Dar y exigir razones*, Universidad Complutense, Madrid, 2011, 1.<sup>a</sup> ed.

FERNANDO PABLO, M. M., *La motivación del acto administrativo*, Tecnos, Madrid, 1993.

FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999.

FERREIRA MENDES, G., *A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, Repertório IOB de Jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo, São Paulo, n.º 23, 1994.

- *Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade*, Celso Bastos Editor, São Paulo, 1999, 2.<sup>a</sup> ed.
- *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*, Brasília Jurídica, Brasília, 2000.

FERRARI, C., *Curso de Planejamento Municipal Integrado*. Pioneira, São Paulo, 1977.

FIALE, A., FIALE, E., *Diritto Urbanistico*, Simone, Napoli, 2011, 14.<sup>a</sup> ed.

FIORAVANTE, M., *Constitución. De la Antigüedad a Nuestros Días*, Trotta, Madrid, 2011, 1.<sup>a</sup> ed. 2.<sup>a</sup> reimpresión.

FRANCO SOBRINHO, M. DE O., *O Controle da Moralidade Administrativa*, Saraiva, São Paulo, 1974.

FREITAS, J. DE, *Discrecionalidade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*, Malheiros, São Paulo, 2007, 1.<sup>a</sup> ed.

- *Discrecionalidade Administrativa: O Controle de Prioridades Constitucionais*, Revista NEJ - Eletrônica, Vol. 18, n.º 3.
- *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, Malheiros, São Paulo, 1999, 2.<sup>a</sup> ed.
- *Sustentabilidade. Direito ao Futuro*, Fórum, Belo Horizonte, 2012, 2.<sup>a</sup> ed.

FREITAS DO AMARAL, D., *Curso de Direito Administrativo*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 1986.

FORSTHOFF, E., *Sobre medios y métodos de la planificación moderna*, en KAISER, J. H. (coord.), ARIÑO ORTIZ, G., GALLEGU ANABITARTE, A., *Planificación, Estudios Jurídicos y Económicos*, Planificación, Estudios Jurídicos y Económicos, tomo I, IEA, Madrid, 1974.

- *Tratado de Derecho Administrativo*, IAP, Madrid, 1958.

GALLEGU ANABITARTE, A., MARCOS FERNÁNDEZ, A., *Derecho Administrativo I – Materiales*, Madrid, 1996, 8.<sup>a</sup> Reimpresión corregida.

GALLEGO ANABITARTE, A., Prólogo de MOZO SEOANE, A., *La discrecionalidad de la Administración Pública en España. Análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal, 1894-1983*, Montecorvo Madrid, 1985.

GALLINGAN, D. J., *Discretionary Powers. A Legal Study of Official Discretion*, Clarendon Press, Oxford, 2011.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2011, 15.ª ed.

- *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2011, 12.ª ed.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Democracia, Jueces y Control de la Administración*. Thomson Civitas, Cizur Menor, 2009, 1.ª ed.

- *¿Es inconveniente o inútil la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad como principio constitucional? una nota*, Revista de Administración Pública, n.º 124, 1991.
- *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 1983, 3.ª ed.
- *La Lengua de los Derechos*, Civitas, Madrid, 2009.
- *Legislación Delegada, Potestad Reglamentaria y Control Judicial*, Thomson Civitas, Madrid, 2006, 3.ª ed.
- *Problemas actuales del régimen local*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2007, 1.ª ed.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., PAREJO ALFONSO, L., *Lecciones de Derecho Urbanístico*, Civitas, Madrid, 1979, 1.ª ed.

GARNER, J. F. et al., *Derecho de la planificación territorial en la Europa Occidental*. Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1976.

GOMES, O., *Direitos Reais*, Forense, Rio de Janeiro, 2000, 16.ª ed., atualizada por Theodoro Júnior, H.

- *Novas dimensões da propriedade privada*, Revista dos Tribunais, ano 59, janeiro 1979, vol. 411.

GOMES CANOTILHO, J. J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, Coimbra, 2000, 4.ª ed.

- *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004.

GONZÁLEZ-BERENGUER, J. L., *Teoría y práctica del Planeamiento Urbanístico*, ENAP, Madrid, 1969, 1.ª ed.

GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Los Planes de Urbanismo*, Abella, El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 1974.

GRAU, E. R., *A ordem econômica na Constituição de 1988*, Malheiros, São Paulo, 1998, 4.ª ed.

- *O direito posto e o direito pressuposto*. Malheiros, São Paulo, 1998, 2.ª ed.

GRECO, M. A., *O solo criado e a questão fundiária*, en PESSOA A. Org., *Direito do Urbanismo. Uma visão sócio jurídica*, Livros Técnicos e Científicos Editora S.A., Rio de Janeiro, 1981.

GRIMM, D., *Constitucionalismo y Derechos Fundamentales*, Trotta, Madrid, 2006.

GROSSI, P., *La Propiedad y las Propiedades. Un análisis histórico*, Civitas, Madrid, 1992, 1.<sup>a</sup> ed.

HÄBERLE, P., *La Garantía del Contenido Esencial de los Derechos Fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Dykinson Constitucional, Madrid, 2003.

HAURIOU, M., *Principios de Derecho Público y Constitucional*, Comares, Granada, 2003.

HERMAN BENJAMIN, A., *Constitucionalização do Ambiente e Ecologização da Constituição Brasileira*, en GOMES CANOTILHO, J. J. y MORATO LEITE, J. R. (org.), *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*, Saraiva, São Paulo, 2007, 1.<sup>a</sup> ed.

HESSE, K., *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, Civitas, Madrid, 2001, 1.<sup>a</sup> ed., reimpresión.

- *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1998.

HOTTELIER, H., *Constitution et propriété en Suisse*, Revue Internationale de Droit Comparé, vol. I, 1997.

IGARTUA SALAVERRÍA, J., *Discrecionalidad, arbitrariedad y control judicial*, Revista Vasca de Administración Pública, n.º 46, 1996.

- *Discrecionalidad y motivación. Algunos aspectos teóricos-generales*, Revista Vasca de Administración Pública, 2002, n.º 64.
- *Principio de legalidad, conceptos indeterminados y discrecionalidad administrativa*, Revista Española de Derecho Administrativo, n.º 92, 1996.

Instituto Brasileiro de Geografia y Estadística (IBGE), <http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv95942.pdf>, *Perfil dos municípios brasileiros 2015*. Fecha de acceso: 16/01/2017.

JACQUES, P., *Curso de Direito Constitucional*, Forense, Rio de Janeiro, 1970, 6.<sup>a</sup> ed.

JARDI CASANY, E., *El Planeamiento Urbanístico*, Bosch, Barcelona, 1966.

JELLINEK, G., *Teoría general del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 2002.

JÈZE, G., *Principios Generales del Derecho Administrativo. La técnica jurídica del Derecho Público Francés*, Tomo I, Depalma, Buenos Aires, 1948.

JUSTEN FILHO, M., *Curso de Direito Administrativo*, Saraiva, São Paulo, 2005.

KAISER, J. H., en KAISER, J. H. (coord.), ARIÑO ORTIZ, G., GALLEGU ANABITARTE, A., *Planificación, Estudios Jurídicos y Económicos*, tomo I, IEA, Madrid, 1974.

- *Reflexiones filosóficas sobre la planificación*, en KAISER, J. H. (coord.), ARIÑO ORTIZ, G., GALLEGU ANABITARTE, A., *Planificación, Estudios Jurídicos y Económicos*, tomo I, IEA, Madrid, 1974.

- KOFFGEN, A., *Misión, Métodos, Instrumentos de la Actividad Administrativa de la Planificación*, en KAISER, J. H. (coord.), ARIÑO ORTIZ, G., GALLEGU ANABITARTE, A., *Planificación, Estudios Jurídicos y Económicos*, tomo I, IEA, Madrid, 1974.
- KORN, A., *History builds the town*, Lund Humphries, London, 1953, 1.<sup>a</sup> ed.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., SANCHO REBULLIDA, F. DE A., LUNA SERRANO, A., DELGADO ECHEVERRÍA, J., RIVERO HERNÁNDEZ, F., RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho Civil III, Derechos Reales, V. I, Posesión y Propiedad*, Dykinson, Madrid, 2003, 2.<sup>a</sup> ed.
- LARENZ, K., *Metodologia da Ciência do Direito*, Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1997, 3.<sup>a</sup> ed.
- LEFEBVRE, H., *De lo rural a lo urbano, historia, ciencia, sociedad*, Ediciones Península, Barcelona, 1975, 3.<sup>a</sup> ed.
- *El Derecho a la Ciudad*, Ediciones Península, Barcelona, 1978, 4.<sup>a</sup> ed.
- LEGUINA VILLA, J., *Principios Generales de Derecho y Constitución*, Revista de Administración Pública, n.º 114, 1987.
- LOPES DE SOUZA, M., *Mudar a Cidade. Uma Introdução Crítica ao Planeamento e à Gestão Urbanos*, Bertrand Brasil, 2002.
- LOPES MEIRELLES, H., *Direito de Construir*, Malheiros, São Paulo, 1996, 7.<sup>a</sup> ed.
- *Direito Municipal Brasileiro*, Malheiros, São Paulo, 2013, 17.<sup>a</sup> ed.
- LÓPEZ RAMÓN, F., *Introducción al Derecho Urbanístico*, Madrid, Marcial Pons, 2007.
- *Estudios Jurídicos sobre Ordenación del Territorio*, Aranzadi, Madrid, 1995.
- *Planificación Territorial*, Revista de Administración Pública, n.º 114, 1987.
- LÓPEZ RODÓ, L., *Prefacio*, en KAISER, J. H. (coord.), ARIÑO ORTIZ, G., GALLEGU ANABITARTE, A., *Planificación, Estudios Jurídicos y Económicos*, tomo I, IEA, Madrid, 1974, p. XII.
- LÓPEZ TRIGAL, L., *Diccionario de términos sobre la ciudad y lo urbano*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2010.
- LORA-TAMAYO VALLVÉ, M., *Urbanismo de Obra pública y Derecho a Urbanizar*, Marcial Pons, Madrid, 2002.
- MARQUES NETO, F. A., *Outorga Onerosa do Direito de Construir (solo criado)*, en DALLARI, A., FERRAZ, S., (Coord.) *Estatuto da Cidade (comentários à Lei Federal 10.257/2001)*, SBDP/Malheiros, São Paulo, 2003, 1.<sup>a</sup> ed. 2.<sup>a</sup> impresión.
- MAROTTA, L. *Pianificazione urbanística e discrezionalità amministrativa*, CEDAM, Padova, 1988.
- MARTÍN MATEO, R., *La gallina de los huevos de cemento*, Thomson Civitas, Cizur Menor, 2007, 1.<sup>a</sup> ed.
- *Propiedad Urbana y Planificación*, Revista de Derecho Urbanístico n.º 15, 1969.

MARTÍN MATEO, R., DÍEZ SÁNCHEZ, J. J., *Manual de Derecho Administrativo*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, 28.<sup>a</sup> ed.

MARTÍN-RETORTILLO, S., *Antecedentes del concepto de plan y referencia a la legislación de fomento del siglo XIX*, Revista de Derecho Administrativo, n.º 49, 1966.

– *Derecho Administrativo Económico*, Vol. I, La Ley, Madrid, 1988.

MARTÍNEZ DE PISÓN APARICIO, I., *El Control Judicial de la Discrecionalidad de la Potestad de Planeamiento*, en HUMERO MARTÍN, A. E. (coord.), *Tratado Técnico-Jurídico de la Edificación y del Urbanismo*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2010.

MARTINS, L., *Direito Fundamental à Propriedade e tratamento constitucional do instituto da propriedade privada*, Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, 2007, ano 1, n.º 1.

MARX, M., *A Cidade Brasileira*, EDUSP, São Paulo, 1980.

MAURER, H., *Direito Administrativo Geral*. Manole, São Paulo, 2006.

MAYER, O., *Derecho Administrativo Alemán*, DePalma, Buenos Aires, 1982, Vol. I, Parte General.

MAZZAROLLI, L., *I Piani Regolatori Urbanistici Nella Teoria Juridica Della Pianificazione*, CEDAM, Padova, 1966, 1.<sup>a</sup> ed., ristampa.

MERKEL, A., *Teoría General del Derecho Administrativo*, Comares, Granada, 2004.

MIRANDA, J., *Escritos vários sobre Direitos Fundamentais*, Princípios, Estoril, 2006, 1.<sup>a</sup> ed.

– *Manual de Direito Constitucional*, Tomo I, *Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, 4.<sup>a</sup> ed.

MORAND-DEVILLER, J., *Cours de droit administrative: cours, thème de réflexion, commentaires d'arrêt avec corrigés*, Montchrestien, Paris, 2005, 9.<sup>a</sup> ed.

MOREIRA NETO, D. DE F., *Direito Urbanístico e limitações administrativas urbanísticas*, Revista de Informação Legislativa, ano 27, n.º 107, 1990.

– *Legitimidade e Discricionariedade. Novas Reflexões sobre os limites e controle da Discricionariedade*, Forense, Rio de Janeiro, 1989, 1.<sup>a</sup> ed.

MOZO SEOANE, A., *Discrecionalidad de la Administración Pública en España*, Montecorvo, Madrid, 1985.

– *La Discrecionalidad de la Administración Pública en España, Análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal, 1894-1983*, Montecorvo, Madrid, 1985.

MUMFORD, L., *A cidade na história, suas origens, transformações e perspectivas*, Martins Fontes, São Paulo, 1998.

MUÑOZ GUIJOSA, M. A., *El derecho de propiedad del suelo: de la Constitución a la ordenación urbana*, Civitas, Cizur Menor, 2009.

– *La Vinculación Singular en la Normativa sobre Suelo y Urbanismo*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

- MUÑOZ MACHADO, S., *El Planeamiento Urbanístico*, Iustel, Madrid, 2009, 2.<sup>a</sup> ed.
- *Tratado de Derecho municipal*, V. II, Civitas, Madrid, 2003, 2.<sup>a</sup> ed.
- NIETO A., *España en Astillas*, Tecnos, Madrid, 1993.
- NOVAIS, J. R., *Direitos Fundamentais: Trunfos Contra a Maioria*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006.
- OLIVEIRA, F. P., *A discricionariedade de planeamento Urbanístico Municipal na Dogmática Geral da Discricionariedade Administrativa*, Almedina, Coimbra, 2011, 1.<sup>a</sup> ed.
- PARADA, R., *Derecho Administrativo, Bienes Públicos y Derecho Urbanístico*, Marcial Pons, Madrid, 2010, 12.<sup>a</sup> ed.
- *Derecho Urbanístico General*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- PARDO ÁLVAREZ, M., *La potestad de planeamiento urbanístico*, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- PAREJO ALFONSO, L., *Administrar y juzgar dos funciones constitucionales distintas y complementarias*. Tecnos, Madrid, 1993.
- *Derecho Urbanístico Instituciones Básicas*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1986.
- *La eficacia como principio jurídico*, *Revista Documentación Administrativa*, n.º 218/219, T. II *Administración y Constitución*, *El Principio de Eficacia*, 1989.
- PÉREZ LUÑO, A., *Los Derechos Fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2007, 9.<sup>a</sup> ed.
- PERLINGIERI, P., *Introduzione alla problematica della “proprietà”*, Università delli Studi di Camerino, Camerino, Jovene Editora, 1970.
- PESSOA, A., *Equacionando a Nova Propriedade Urbana*, en PESSOA, A., *Direito do Urbanismo – Uma Visão Sócio-Jurídica*, Livros Técnicos e Científicos, Rio de Janeiro, 1981.
- PISCITELLI, L., *Potere di Pianificazione e Situazioni Soggettive*, CEDAM, Padova, 1990.
- PONCÉ SOLÉ, J., *La proyección social del Planeamiento*, en MARTÍN REBOLLO, L. y BUSTILLO BOLADO, R. *Fundamentos de Derecho Urbanístico*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2007, 1.<sup>a</sup> ed.
- PONTES DE MIRANDA, F. C., *Tratado de Direito Privado*, Parte Especial, Vol. XIII, *Direito das Coisas: loteamento. Direito de Vizinhança*, Borsói, Rio de Janeiro, 1971.
- PREDIERI, A., *Pianificazione e Costituzione*, Edizione di Comunità, Milano, 1963.
- REALE, M., *Direito e Planificação*, *Revista de Direito Público*, Ano VI, 1973.
- REISSMAN, L., *El proceso urbano, Las ciudades en las sociedades industriales*, Gustavo Gili, Barcelona.
- RIVERÓ, J., *Direito Administrativo*, Almedina, Coimbra, 1981.
- RODOTÀ, S., *Poteri dei privati e disciplina de la proprietà*, en RODOTÀ, S., (cur.) *Il diritto privato nella società moderna*, Società editrice il Mulino, Bologna, 1973, 2.<sup>a</sup> ed.

- RODRIGUES QUEIRÓ, A., *Os limites do poder discricionário das autoridades administrativas*, Revista de Direito Administrativo, n.º 97, 1969.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M., *La ponderación de bienes e intereses en Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2000.
- ROMANO, S., *Fragmentos de un Diccionario Jurídico*, Comares, Granada, 2002.
- ROSS, A., *Tû-Tû*, Quartier Latin, São Paulo, 2004.
- ROSSA, W., *A urbe e o traço, Uma década de estudo sobre o urbanismo português*, Almedina, Coimbra, 2002.
- ROSSO DEL BENA, G., *Modelo Alternativo ou Variante? Reflexões sobre a «Regularidade relativa» de Algumas Cidades de Fundação Portuguesa*, registros del IV Seminário de História da Cidade e Urbanismo.
- RUEDA PALENZUELA, S., *El urbanismo ecológico*, Disponible en: <http://urban-e.aq.upm.es/articulos/ver/el-urbanismo-ecol-gico/completo>. Fecha de acceso: 26/12/2016.
- SAINZ MORENO, F., *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, Madrid, 1976, 1.ª ed.
- *Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico*, Revista Española de Derecho Administrativo, n.º 8, 1976.
- SÁNCHEZ MORÓN, M., *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1995, 1.ª ed., reimpresión.
- SEABRA FAGUNDES, M., *O controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, Forense, Rio de Janeiro, 1979, 5.ª ed.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo General*, Vol. I, Iustel, Madrid, 2009, 2.ª ed.
- SARLET, I., FENSTEISEIFER, T., *Notas sobre a proibição do retrocesso em matéria (sócio) ambiental*, en BENJAMIN, A. H. et al., *Princípio da Proibição do Retrocesso ambiental*, Senado Federal, Brasília.
- SCHMIDT-ASSMANN, E., *La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema*, Marcial Pons, Madrid, 2004.
- SERRAND, A. P., *Le controle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire de l'administration à travers la jurisprudence recente*, Revue de Droit Public n.º 4, 2012.
- SEVERO GIANNINI, M., *Lezioni di Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1950.
- SILVA, J. A. DA, *Comentário Contextual a Constituição*, Malheiros, São Paulo, 2006, 3.ª ed.
- *Direito Ambiental Constitucional*, Malheiros, São Paulo, 2002, 4.ª ed.
- *Direito Urbanístico Brasileiro*, Malheiros, São Paulo, 1995, 2.ª ed.
- *Teoria do Conhecimento Constitucional*, Malheiros, São Paulo, 2014, 1.ª ed.
- SOUSA, A. F. DE, *Conceitos indeterminados no Direito administrativo*, Almedina, Coimbra, 1994.

- *A Discricionariedade administrativa*, Danúbio, Lisboa, 1987.
- SPANTIGATI, F., *Manual de Derecho Urbanístico*, Montecorvo, Madrid, 1973.
- SUSTAETA ELUSTIZA, A., *Propiedad y Urbanismo*, Montecorvo, Madrid, 1978.
- TEJEDOR BIELSA, J. C., *Propiedad, Equidistribución y Urbanismo. Hacia un nuevo modelo urbanístico*, Aranzadi, Pamplona, 1998.
- TOLEDO BARROS, S. DE, *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, Brasília Jurídica, Brasília, 1996.
- TRAYTER JIMÉNEZ, J. M., *Derecho Urbanístico de Cataluña*, Atelier Libros Jurídicos, Barcelona, 2010.
- *El control del planeamiento urbanístico*, Civitas, Madrid, 1996, 1.ª ed.
- VALLE FIGUEIREDO, L., *Controle da Administração Pública*. RT, São Paulo, 1991.
- VAN CAENEGEN, R. C., *Uma Introdução Histórica ao Direito Privado*, Martins Fontes, São Paulo, 2000, 2.ª ed.
- VEIRA DE ANDRADE, J. C., *O dever de motivação expressa de actos administrativos*, Almedina, Coimbra, 2003, reimpresión.
- VICENTE DOMINGO, R. DE, *Las alteraciones del planeamiento urbanístico. El control judicial de la ordenación del suelo*, La Ley, Las Rozas, 1994.
- VON HECK, P., *Interpretação da Lei e Jurisprudência de Interesses*, Livraria Acadêmica Saraiva S.A., São Paulo, 1947.
- WEIL, P., *Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1994.
- WIRTH, L., *El urbanismo como un modo de vida*, en FORTUNA, C. (coord.). *Cidade, Cultura e Globalização*, Celta, Oeiras, 2001.
- WOLFF, H., BACHOF, O., STOBER, R., *Direito Administrativo*, Vol. 1, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2006, 11.ª ed.
- ZAGREBELSKY, G., *El Derecho Dúctil, Ley, Derecho, Justicia*, Trotta, Madrid, 2011, 10.ª ed.
- ZANELLA DI PIETRO, M. S., *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*, Atlas, São Paulo, 2001.
- *Direito Administrativo*, Atlas, São Paulo, 1991 21.ª ed.
- *Da Constitucionalização do Direito Administrativo Reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa*, Atualidades Jurídicas Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Fórum, Belo Horizonte, ano 2, n.º 2. Fecha de consulta: 23/04/2016. Disponible en: <http://www.editoraforum.com.br/ef/wp-content/uploads/2014/05/Daconstitucionalizacao-do-direito-administrativo.pdf>
- ZANOBINI, G., *Curso de Derecho Administrativo*, v. I, Parte General, Arayú, Buenos Aires, 1954.